

University of Groningen

Digitaal Privaatrecht

Verheij, Albert; Neppelenbroek, Evert; Krans, Bart; Koops, Egbert

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verheij, A., Neppelenbroek, E., Krans, B., & Koops, E. (editors) (2014). *Digitaal Privaatrecht*. (Groningen Centre for Law and Governance). Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Digitaal privaatrecht

Digitaal privaatrecht

Onder redactie van:

prof. mr. E. Koops
prof. mr. dr. H.B. Krans
mr. E.D.C. Neppelenbroek
prof. mr. dr. A.J. Verheij

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag
Foto omslag: Nationale Beeldbank/Sander van der Werf
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2014 De redactie en de auteurs | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-973-4
ISBN 978-94-6274-171-3 (e-book)
NUR 822

www.bju.nl

Inhoud

Inleiding	7
Hanteerbaar privaatrecht in een digitale wereld <i>E. Koops, H.B. Krans, E.D.C. Neppelenbroek en A.J. Verheij</i>	
I Online/offline	15
Mededelingsplicht van de verkoper inzake de belangrijkste kenmerken van de zaak en de conformiteitsvraag bij digitale consumentenkoop	17
Een verkenning <i>G.T. de Jong</i>	
Webwinkels en derdenbescherming	31
‘2014’ anno 2014 <i>E. Koops en E.F. Verheul</i>	
De digitale notariële akte	53
<i>M.M.G.B. van Drunen en B. Snijder-Kuipers</i>	
II Rechtsvinding en Snelrecht	69
Enkele opmerkingen over digitalisering, schaalvergroting en de hanteerbaarheid van het burgerlijk procesrecht	71
<i>R.J.C. Flach</i>	
Digitale geschilbeslechting	87
<i>A.H. Santing-Wubs</i>	
De executoriale verkoop van registergoederen via internet	105
<i>Mr. F.J. Vonck</i>	
De civiele rechter en een speurtocht op het internet	123
Over vaststelling van feiten in het geding <i>H.B. Krans</i>	
III Virtuele objecten	133
Goederenrecht 2.0?	135
Over de plaats van software in het goederenrecht in het licht van <i>UsedSoft</i> <i>F.M.J. Verstijlen</i>	

Een koopfictie in een fictieve wereld.	151
De hanteerbaarheid van het kooprecht voor digitale inhoud in het CESL <i>E.D.C. Neppelenbroek</i>	
Digitaal privaatrecht, iets nieuws onder de zon?	173
<i>F.A.J. van der Ven</i>	
Literatuurlijst	193
Wetsartikelenregister	205
De auteurs en redactieleden	209
Eerder verschenen delen in de CRBS- en GCLG-reeks bij Boom Juridische uitgevers	211

Inleiding

Hanteerbaar privaatrecht in een digitale wereld

E. Koops, H.B. Krans, E.D.C. Neppelenbroek en A.J. Verheij

1 De digitale revolutie en het privaatrecht

In 1992, bij de inwerkingtreding van de belangrijkste delen van het huidige Burgerlijk Wetboek,¹ rekende de Nederlandse wetgever niet met de razendsnelle opkomst van elektronische technologie en communicatie. Was dat een vergissing? De infrastructuur voor het wereldwijde web was een jaar eerder beschikbaar gekomen en werd pas in het navolgende jaar voor het grote publiek vrijgegeven. Toen computers in 1969 voor het eerst communiceerden via een netwerkverbinding, was E.M. Meijers, de belangrijkste ontwerper van de huidige versie van het Burgerlijk Wetboek, reeds vijftien jaar overleden. De introductie van de eerste internetfora via Usenet geschiedde vrijwel gelijktijdig met de vaststelling van de kern van het vermogensrecht bij wet van 9 mei 1980,² terwijl de eerste PC pas een jaar later door IBM op de markt werd gebracht. Aldus beschouwd kón de Nederlandse wetgever bij zijn wetgevende arbeid ten aanzien van het vermogensrecht ook nauwelijks rekening houden met de ontwikkelingen van het computertijdperk.

Intussen valt deze technologie niet meer weg te denken. Rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling (en tussen burger en overheid) worden in toenemende mate vormgegeven door communicatie op afstand en door de ruime beschikbaarheid van informatie. Ook het privaatrecht komt dus op verschillende manieren met het gebruik van digitale middelen in aanraking. Contracten worden online gesloten en algemene voorwaarden online beschikbaar gesteld. In potentie leidt de vindbaarheid van modelcontracten en pasklare antwoorden voor doe-het-zelvers tot standaardisering zonder juridische tussenkomst, maar ook gespecialiseerd juridisch advies is online gemakkelijker te verkrijgen tegen lagere tarieven. Meer en meer bestellingen worden geplaatst en betaald via internet, wat nieuwe vragen opwerpt omtrent identificatie en vertrouwen. Ondanks de economische crisis groeide alleen al in Nederland de markt voor onlineverkoop in 2013 tot boven de 10 miljard euro.³ De Europese Commissie gaat er van uit dat tegen 2015 detailhandel en onlinediensten in sommige Europese landen tot wel 20 procent van de groei van de economie en werkgelegenheid voor hun rekening nemen.⁴ Internet is kortom *big business*.

1 KB van 20 februari 1990, *Stb.* 1990, 90.

2 Vaststellingswet Boek 3 BW, 9 mei 1980, *Stb.* 1980, 430; Vaststellingswet Boek 5 BW, 9 mei 1980, *Stb.* 1980, 431; Vaststellingswet Boek 6 BW, 9 mei 1980, *Stb.* 1980, 432.

3 Bron: Thuiswinkel Markt Monitor 2013, te vinden via <http://www.thuiswinkel.org/over-thuiswinkel-org-feiten-cijfers>.

4 Bron: persbericht EC IP/12/10, 11 januari 2012, te vinden via http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-10_en.htm.

Internet is ook het medium dat velen benutten voor hun nieuws- en informatievoorziening. Ongeveer 1,9 miljoen Nederlanders bezoeken maandelijks de NOS-site en 2,8 miljoen de site nu.nl.⁵ Daartussen zitten nieuwsgierige consumenten, maar ook googelende rechters, advocaten en procespartijen op zoek naar informatie. Een omvangrijk deel van het sociale leven heeft zich bovendien naar internet verplaatst. Bijna 9,8 miljoen Nederlanders maken in 2014 gebruik van Facebook en rond de 4 miljoen van LinkedIn of Twitter.⁶ Die onlinewereld creëert nieuwe spanningen die de offline wereld raken. Zo geven de massale toegang tot het internet en de daaraan gepaard gaande anonimiteit aanleiding tot vragen op het gebied van identificatie en vindbaarheid. Paradoxaal genoeg is de massa anoniem, maar ieder persoon en iedere uitlating vindbaar. De grens tussen publieke en private uitingen vervaagt, bijvoorbeeld die van een twitterende politieagent, terwijl grievende of onzorgvuldige uitlatingen bij herhaling en massaal reproduceerbaar zijn. Hoe moet het privaatrecht omgaan met anonieme of moeilijk identificeerbare actoren, of juist met vindbare en eindeloos repliceerbare uitingen? De digitale dorpspomp brengt hier nieuwe sociale codes mee, maar het internet vergeet niet. Of regelgevers er in zullen slagen om een effectief ‘recht op vergetelheid’ te implementeren door internetproviders te dwingen om informatie te verwijderen of zoekresultaten te manipuleren, staat vooralsnog te bezien.⁷

Het internetverkeer creëert naast nieuwe waarden ook nieuwe waarde. Daarbij valt te denken aan efficiëntere, want snellere transacties door snellere informatievoorziening. Afnemende transactiekosten betekenen dat *peer production* van informatie verstreckende gevolgen heeft voor traditionele bedrijfsmodellen.⁸ Hier speelt ook de betrouwbaarheid van elektronische gegevensuitwisseling een rol, die niet alleen van belang is voor de identificatie van objecten of van partijen, maar ook voor de bewijslevering achteraf.⁹ Onder omstandigheden kunnen processtukken nu al digitaal worden aangeleverd¹⁰ en onderhandse akten digitaal worden opge maakt.¹¹ In gevallen waarin registratie van de onderhandse akte verplicht is voor enig rechtsgevolg, moet de akte nog steeds per post bij de Belastingdienst worden ingediend. Maar sinds de wijziging van de Registratiewet per 1 januari 2013¹² kan de onverplichte registratie ook digitaal geschieden via particuliere stichtingen zoals BROA, en bij dezelfde wijziging van de Registratiewet is de digitale opslag van

5 Bron: Vinex, Dutch Digital Media Measurement, cijfers april 2014, te vinden via <http://www.vinex.nl/resultaten/archief/>.

6 Bron: <http://www.marketingfacts.nl/statistieken/detail/populariteit-sociale-media>.

7 Art. 12 Databeschermingsrichtlijn 95/46/EG, 24 oktober 1995, *PbEG* 1995, L 281; art. 17 Ontwerp Algemene Databeschermingsrichtlijn, 25 januari 2012, COM/2012/011. Zie nu ook HvJ EU 13 mei 2014, C 131-12 (*Google/González*).

8 Y. Benkler, ‘Coase’s Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm’, *Yale Law Journal* 2002, 112, p. 369-446.

9 Vgl. voor de overeenkomst van arbitrage art. 1021 Rv, voor overeenkomsten in de schriftelijke vorm art. 6:227a BW, voor ontbinding art. 6:267 lid 1 BW en voor afstand van pandrechten art. 3:258 lid 2 BW.

10 Zie bijvoorbeeld art. 33, 45, 125 en 475 Rv.

11 Art. 3:15a BW, art. 156a Rv.

12 Wet elektronische registratie notariële akten, 13 december 2012, *Stb.* 2012, 648.

notariële akten toevertrouwd aan de KNB. Het lijkt slechts een kwestie van tijd te zijn voordat ook de verplichte registratie van onderhandse akten digitaal geschiedt. In hoog tempo worden eveneens digitale mogelijkheden geïntegreerd in de civiele procedure, in het kader van het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI). Met dit al rijzen nieuwe vragen: over de veilige bewaring van gegevens, over de vrije toegang daartoe, en over de opslag van privacygevoelige informatie in geautomatiseerde gegevensbestanden.

Efficiënt informatieverkeer is bovendien niet de enige meerwaarde van een digitale wereld. Het belang van software in het algemeen en het internet in het bijzonder, zowel sociaal als economisch, dwingt tot een herbezinning op de grenzen van rechtsobjecten. De toekenning van waarde aan domeinnamen, softwarelicenties, dataopslag of virtuele objecten, die nu reeds door levendige handel zichtbaar is, vereist een gedegen privaatrechtelijk kader. Het is niet *a priori* evident dat het bestaande begrippenapparaat van het verbintenissen- en goederenrecht daartoe volstaat. Zo is het recht op een bitcoin moeilijk eigendom te noemen, maar een vorderingsrecht is het evenmin; de 12 miljoen bitcoins die op het moment van schrijven in omloop zijn, vertegenwoordigen evenwel een waarde van 5,2 miljard euro. Het wettelijke kader van overdracht van ‘andere vermogensrechten’ (art. 3:83 lid 3 BW) door middel van een akte (art. 3:95 BW) is, ook vanwege het ontbreken van derdenbescherming, wellicht niet geschikt voor transacties met betrekking tot dergelijke schaarse en individualiseerbare virtuele goederen.

2 Analooq en digitaal privaatrecht

De vrijwel gelijktijdige genese van het huidige vermogensrecht en de digitale wereld heeft ertoe geleid dat privatisten zich, uitzonderingen daargelaten, lange tijd bezig hielden met de inpassing van het nieuwe recht in de offline wereld, waarbij zij de duiding van onlinevermogensrechtelijke relaties overlieten aan gespecialiseerde eLaw-juristen. En hoewel het Burgerlijk Wetboek inmiddels in navolging van Europese regelgeving bepalingen kent over het elektronisch betalingsverkeer, elektronisch rechtsverkeer en diensten van de informatiemaatschappij, is de kunstmatige scheiding tussen digitale eLawyers en de analoge privaatrechtswetenschap *grosso modo* blijven bestaan. Kunstmatig, want in de 21^e eeuw lopen de offline- en de onlinewereld naadloos in elkaar over. Bewoners van deze werelden verbinden de twee voortdurend door hun gebruik van breedband, mobiel internet en wifi via computers, tablets en smartphones. Het wereldwijde mobiele dataverkeer bedroeg in 2013 maandelijks 1,5 miljard gigabyte, en de verwachting bestaat dat het gebruik in vijf jaar tijd zal vertienvoudigen.¹³ Kunstmatig ook, omdat het nog maar de vraag is of het ‘analoge’ privaatrechtelijke instrumentarium ontoereikend is om een digitale wereld te normeren. Moet wat offline geldt niet ook online gelden, of vereist

13 Bron: Cisco Visual Networking Index, Global Mobile Data Traffic Forecast Update, 2013–2018, te vinden via: http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/white_paper_c11-520862.html.

het rechtsverkeer op en rondom internet wel degelijk eigen en andersoortige regels? Bestaat er een digitaal privaatrecht?

Nu hebben privatisten zich in het afgelopen decennium, wellicht sinds de dotcom-zeepbel en in ieder geval sinds de komst van internet in iedere huiskamer, wel gebogen over de vormgeving van privaatrechtelijke relaties op internet. In 2000 signaleerde Arthur Salomons al een twintigtal vermogensrechtelijke knelpunten met betrekking tot de opkomst van elektronische handel.¹⁴ Zijn conclusie, toen, was dat het vermogensrecht zich zou moeten aanpassen omdat de ‘fundamentele veranderingen’ van de internetrevolutie niet opgevangen konden worden door inpassing. Salomons’ toenmalige lijst overziende is een aantal van zijn desiderata ingewilligd, al dan niet door de implementatie van Europese regelgeving, terwijl het privaatrecht op andere vraagpunten voldoende bestendig is gebleken om door interpretatie van de bestaande begrippen tot antwoorden te komen. De wet, of liever gezegd de jurist, zwijgt immers nooit.¹⁵ Dit gegeven roept echter de onderliggende vraag op, die zelden in handboeken en bundels over dit onderwerp wordt gesteld, in hoeverre het geldende Nederlandse privaatrecht hanteerbaar is in een digitale wereld, en hoe dat privaatrecht zo nodig hanteerbaar kan worden gemaakt. Dat een bundel over dit thema een zinvolle bijdrage kan leveren, bewijst de vuistdikke Belgische bundel *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld* (845 pagina’s).¹⁶ In een handzamere uitvoering wil de onderhavige bundel op een vergelijkbare manier vragen stellen over de inpasbaarheid, of ‘netbestendigheid’, van het Nederlandse privaatrecht.

Aldus buigt de afdeling Privaatrecht en Notarieel recht van de Rijksuniversiteit Groningen zich hier over de vraag in hoeverre het geldende privaatrecht hanteerbaar is in een digitale wereld. Zijn de vertrouwde privaatrechtelijke figuren geschikt om ‘nieuwe’ rechtsverhoudingen adequaat te beschrijven en te normeren? Biedt de digitale revolutie in privaatrechtelijk opzicht een *brave new world*, of is het eerder *actum agere*? De bundel sluit door deze vraagstelling bewust aan bij het Groninger onderzoeksprogramma ‘Hanteerbaar Privaatrecht’, dat de behoeften van de gebruikers van het privaatrecht centraal stelt. Hierbij speelt een belangrijke rol dat nieuwe ontwikkelingen, zoals internet, elektronisch rechtsverkeer, en digitalisering, niet kunnen leiden tot de automatische toepassing van bestaande regels, die immers voor deze ontwikkelingen niet zijn geschreven, maar steeds dwingen tot een bezinning op de rechtsbeginselen die aan bestaande regels ten grondslag liggen.

3 Communicatie en informatie, efficiëntie en begrenzing

Bij de indeling van de bijdragen heeft de redactie gekozen voor een thematische opzet van de bundel. Een traditionele indeling naar de gebieden van het privaatrecht lag minder voor de hand, nu de digitale revolutie het privaatrecht op verschillende

14 A. Salomons, ‘Inpassen of aanpassen? Vermogensrecht voor het digitale tijdperk’, *WPNR* 2000, 6427, p. 901-907.

15 Vgl. J.H.A. Lokin, ‘Lex semper loquitur. Over wetgeven en rechtspreken’, *GrOM* 1984, 1, p. 1-50.

16 K. Broeckx (red.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen: Kluwer 2002.

manieren voor uitdagingen stelt en zich daarbij weinig gelegen laat liggen aan de bestaande scheidslijnen. De redactie heeft daarom een drietal maatschappelijke ontwikkelingen geïdentificeerd die hierboven reeds beknopt zijn besproken. Het betreft de opkomst van betrekkelijk anonieme communicatie op afstand en de toenomen beschikbaarheid van informatie; de gevolgen van efficiënt informatieverkeer voor geschilbeslechting en rechtshandhaving; en de toekenning van waarde aan ontastbare, virtuele objecten. Zonder pretentie van volledigheid hebben de verschillende bijdragen in deze opzet het karakter van een steekproef, waarbij het geldende privaatrecht op zijn hanteerbaarheid wordt doorgemeten in het licht van een specifieke maatschappelijke ontwikkeling die nauw samenhangt met de digitale revolutie. Dat de beschreven ontwikkelingen zelf ook samenhangen, behoeft geen betoog. Zo bevindt de googelende rechter (*Krans*) zich op het oncomfortabele snijpunt van enerzijds zijn traditionele taakopvatting, en anderzijds de gemakkelijke toegang tot informatiestromen alsmede de wens om daarvan efficiënt gebruik te maken.

De eerste drie bijdragen aan de bundel behandelen onder de noemer *Online/Offline* het web van juridische relaties dat onlinetransacties omringt. Juist met betrekking tot de koopovereenkomst (*De Jong*) wordt dit web genormeerd door regelgeving van meestal Europese oorsprong die specifiek op elektronische transacties ziet, zodat de analyse van dergelijke transacties steeds moet schakelen tussen het Nederlandse privaatrecht en Europese rechtsnormen. De koop op afstand komt in betrekkelijke anonimiteit tot stand tussen koper en verkoper, hetgeen aanleiding geeft tot specifieke problemen als aan de gekochte zaak een feitelijk (*De Jong*) of juridisch (*Koops/Verheul*) gebrek kleeft. De consument die een zaak via een webwinkel koopt zal zich hiervan niet bewust zijn, maar gaat er impliciet van uit dat een internetbestelling niet wezenlijk anders is dan een aankoop in of via een bakstenen winkel. Het is echter de vraag of regels van derdenbescherming een-op-een zijn over te brengen (*Koops/Verheul*). Zo vereist de beschikbaarheid van het internet én de anonimiteit van onlinetransacties wellicht een andere invulling van informatie- en onderzoeksplichten. Voor een vergelijkbare vraag staan professionele dienstverleners zoals notarissen en bankiers. Hoe voldoen zij aan hun steeds versterkte beroepsplichten, zoals Belehrung en informatieverschaffing, wanneer hun onlinecliënten bestaan uit naamloze profielen en IP-adressen (*Snijder-Kuipers/Van Drunen*)?

Het tweede thema, onder de noemer *Rechtsvinding en Snelrecht*, bestrijkt de mogelijkheden die het internet biedt om sneller tot een gewenst rechtsgevolg te komen door een efficiënte uitwisseling van gegevens. Een dergelijke versnelling kan worden behaald door de mogelijkheid te openen om sneller, te weten langs digitale weg, en dus effectiever middelen te nemen tot bewaring van rechten of ter inleiding van een procedure (*Flach*). Vanwege de schaalvergroting in het burgerlijk procesrecht is deze toename in efficiëntie niet alleen wenselijk, maar zelfs noodzakelijk: 'schaalvergroting en elektronische communicatie horen als een Siamese tweeling bij elkaar', aldus Flach in zijn bijdrage. Versnelling is er eveneens wanneer geschillen op afstand en zonder een dure en vertragende procesgang worden voorgelegd

ter beslechting (*Santing-Wubs*). Het voorbeeld van de internetveiling (*Vonck*, in een bewerking van zijn bijdrage in *WPNR*) laat tot slot zien dat ook een digitale aanvulling op bestaande vormvoorschriften meerwaarde heeft door meer vragers bij elkaar te brengen en aldus een transparanter biedproces te garanderen. Zelfs waar de wetgever achterloopt bij de integratie van de onlinewereld, is het zinvol om offline en online bijeen te brengen. Deze afdeling opent echter met een waarschuwend getoonzette bijdrage (*Krans*): dat efficiëntie niet heilig kan zijn, blijkt wel uit de dilemma's die rechters ondervinden bij het gebruik van internet als informatiebron. Hoe verhoudt zich immers de neutraliteit van overheidsinstanties als de civiele rechter tot de mogelijkheid om alle mogelijke informatie via Google te vergaren? Het derde en laatste deel van de bundel, rondom het thema *Virtuele Objecten*, herinnert eraan dat dergelijke objecten sinds de opkomst van het internet een geheel nieuwe waarde hebben verkregen in de reële economie. De handel in tweedehandssoftware (*Verstijlen*) roept tal van vragen op omtrent de goederenrechtelijke inpassing van digitale objecten. Is software bijvoorbeeld 'materieel' genoeg om te dienen als voorwerp van een goederenrechtelijk recht? Het verbintenissenrecht loopt evenwel tegen een vergelijkbaar probleem aan (*Neppelenbroek*), want hoewel software in het spraakgebruik wordt gekocht en verkocht, is het nog maar de vraag in hoeverre de regels van het kooprecht, laat staan die van het (ontwerp) voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, toegepast kunnen worden op de koop van digitale *content*. Deze afdeling eindigt bewust met een rechtshistorische bijdrage (*Van der Ven*). Het privaatrecht is immers vaker geconfronteerd met ontwikkelingen die een uitdaging leken te vormen voor het bestaande begrippenkader: men denke aan het *Telegraphenrecht* of de *Stromklau*. Na periodes van aarzeling bleek in het verleden steeds dat het privaatrecht genoeg interpretatieve flexibiliteit kende om dergelijke technologische en maatschappelijke ontwikkelingen in te passen zonder zijn eigen normatieve kaders te verlaten.

Bieden de resultaten uit het verleden enige garantie voor de toekomst, en is het geldende privaatrecht derhalve (opnieuw) in staat om iedere mogelijke virtuele of digitale wereld te omvatten, mits het door interpretatie hanteerbaar wordt gemaakt in veranderende omstandigheden? Of bestaat er een 'digitaal privaatrecht' dat wezenlijk verschilt van het analoge privaatrecht en slechts in zijn eigen termen kan worden verstaan? Gelet op de drie bestudeerde thema's lijkt het privaatrecht de redactie discreet genoeg om niet in een binaire tegenstelling uiteen te vallen: het 'nieuwe' digitale privaatrecht *is* in de opvatting van de redactie analoog privaatrecht. Het beeld dat hierbij voor ogen staat zijn de 'schuifjes' op een mengpaneel, eerder dan de aan/uit-knop van nul of één. Het geldende privaatrecht is flexibel genoeg om de veranderende sociale wereld, en de digitale elementen die daarin meer en meer een rol spelen, niet uit het oog te verliezen. Maar dit laatste geldt ook elders in het privaatrecht. Het eindoordeel is echter, als steeds, aan de lezer.

4 Tot besluit

De redactie van deze bundel werd afgerond per 1 juni 2014. De redactie wil haar erkentelijkheid betuigen aan E.F. Verheul, student-assistent bij de vakgroep Privaatrecht en Notariaat, voor het samenstellen van de registers en de uniformering van literatuurverwijzingen in de verschillende bijdragen.

Mededelingsplicht van de verkoper inzake de belangrijkste kenmerken van de zaak en de conformiteitsvraag bij digitale consumentenkoop

Een verkenning

G.T. de Jong

1 Inleiding

Voor de consumentenkoop op afstand verwoordt artikel 7:46c lid 1 sub b BW de plicht van de verkoper tot het meedelen van de belangrijkste kenmerken van de zaak. Dit naast de gehoudenheid tot het geven veel andere informatie rond de koopovereenkomst zoals bijvoorbeeld prijs, kosten van aflevering en de wijze van betaling.¹ Deze verplichtingen maken deel uit van afdeling 7.1.9A BW, die ziet op ‘Overeenkomsten op afstand’ waaronder ook valt koop langs digitale weg.²

Het is onduidelijk wat de verhouding is tussen het voorschrift de belangrijkste kenmerken van de zaak aan te geven en de conformiteitstoets van artikel 7:17 BW. Een belangrijk onderdeel van het nonconformiteitsvraagstuk ligt immers op het terrein van de gevolgen van niet alleen de mededelingen die door de verkoper zijn gedaan, maar ook van het nalaten van mededelingen die hij had moeten doen. Binnen deze problematiek van de eigenschappen die de koper mag verwachten speelt echter ook een eventuele onderzoeksplicht van zijn kant een rol.³ In de literatuur rond artikel 7:17 BW staat centraal het uitgangspunt, dat voor een onderzoeksplicht een reden moet zijn, waarbij bijvoorbeeld wordt genoemd de slechte staat van de zaak.⁴ In beginsel gaat een mededelingsplicht vóór een gehoudenheid tot onderzoek; een uitzondering op dit uitgangspunt is echter mogelijk wanneer daartoe aanleiding is. Aan deze korte schets kan nog worden toegevoegd de vermelding van een specifiek onderdeel van artikel 7:17 BW: in het vijfde lid ervan wordt gesteld dat de koper er zich niet op kan beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn.

Aldus bestaat een zeker evenwicht tussen de eisen die in het kader van de conformiteitstoets worden gesteld aan het gedrag van de verkoper en dat van de koper. Het kunnen waarnemen van de zaak neemt daarbij een belangrijke plaats in.

1 Zie over art. 7:46 c lid 1 BW bijvoorbeeld C. Stuurman & H.W. Wefers Bettink (red.), *Elektronisch contracteren* (Monografieën recht en informatietechnologie), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, nr. 1.3.3.

2 Zie over de koop op afstand bijvoorbeeld Loos 2004, p. 85 e.v. en P. Klik 2011, p. 151 e.v.

3 Zie over de invulling van de conformiteitseis en de aspecten die daarbij een rol spelen Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 333 e.v. en Wessels 2010, nr. 33.

4 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 346.

Dit leerstuk van mededeling(splicht)en en onderzoeksplichten in het kader van de conformiteitsvraag is uitgekristalliseerd in het kader van wat ik noem de ‘fysiek nabije’ koop. Nu steeds meer koopcontracten worden gesloten via een digitale weg dient zich de vraag aan, op welke wijze de eisen die aan het gedrag van de verkoper en de koper worden gesteld daarop zijn en moeten worden toegesneden. In dit artikel wordt aan de orde gesteld welke plaats toekomt aan het voor de verkoper geldende voorschrift de belangrijkste kenmerken van de zaak mee te delen zoals neergelegd in artikel 7:46c lid 1 sub b BW in verhouding tot de toepassing van artikel 7:17 BW. De centrale vraag is of het achterwege laten van de vermelding van de belangrijkste kenmerken van de zaak steeds schending betekent van de eisen die in het kader van de conformiteitstoets aan de verkoper worden gesteld, zodat de koper een daarop gebaseerde vordering (tot bijvoorbeeld ontbinding) heeft. Hieronder wordt deze problematiek toegespitst op het geval waarin een consument in een B2C-verhouding een roerende zaak koopt via een digitale route (website/marktplaats/e-mail).

Paragraaf 2 geeft een overzicht van het wettelijke stramien in het BW dat de basis vormt van het weefsel van de hier bedoelde problematiek. Zoals hierboven al werd aangegeven staan centraal de artikelen 7:17 BW en 7:46c lid 1 sub b BW. Ook het in wetsvoorstel 33 520 voorgestelde artikel 6:230m lid 1 sub a BW – dat aansluit op artikel 7:46c lid 1 sub b – komt aan de orde. Bovendien zal kort aandacht worden besteed aan de toename van bepalingen die een zelfde soort verplichting inhouden inzake de karakteristieke eigenschappen van de zaak. Daarbij is allereerst plaats ingeruimd voor het eveneens in wetsvoorstel 33 520 voorgestelde artikel 6:230l sub a BW dat voor consumentenkoop in het algemeen deze verplichting inhoudt, maar daarna ook voor informatieplichten in de DCFR en CESL.

Daarna wordt in paragraaf 3 bezien wat de toepassing van de relevante criteria meebrengt in geval van een B2C-koop langs digitale weg. Met name gaat het daarbij om B2C-koop die valt onder de werking van afdeling 7.1.9A BW en daarmee ook van artikel 7:46c lid 1 sub b BW. Wat kan worden gezegd over de verhouding tussen het voorschrift van artikel 7:46c lid 1 sub b BW om de belangrijkste kenmerken van de zaak te noemen en de toepassing van artikel 7:17 BW bij het nalaten hiervan? In het verlengde hiervan wordt tevens aandacht besteed aan een B2C-verhouding, waarop volgens artikel 7:46b lid 2 de regeling van afdeling 7.1.9A BW niet van toepassing is, namelijk verkoop via een veiling. Want is voor de meeste B2C-koop langs digitale weg het voorschrift van artikel 7:46c lid 1 sub b BW maatgevend, een dergelijke bepaling ontbreekt voor B2C-contracten die wegens hun specifieke karakter buiten de werkingssfeer van de betreffende afdeling vallen. Betekent dit dat de verplichting van de koper tot het aangeven van de belangrijkste kenmerken van de zaak niet geldt in andere dan de in de betreffende afdeling bedoelde gevallen waarin een consumentkoper iets aanschafft? Of gaat het om een mededelingsplicht met een wijdere strekking die ook doorwerkt in de toetsingssfeer van artikel 7:17 BW? En in welke mate kan van de koper een actieve, informatieve houding worden verwacht? Nu het gaat om onderzoeks- en mededelingsplichten komt vanzelfsprekend ook

zijdelings de mogelijkheid van vernietiging wegens dwaling aan de orde komen. Paragraaf 4 bevat een conclusie.

Bij de verkenning van dit gebied zullen om de gedachten te bepalen enkele van de (schaarse) uitspraken van lagere rechters die op dit terrein zijn te traceren worden betrokken. Aan de verplichtingen tot het geven van andere informatie dan de belangrijkste kenmerken van de zaak – zoals die in talrijke mate zijn neergelegd in de betreffende regeling – wordt hieronder geen aandacht besteed.

2 Het ‘wettelijk’ stramien

2.1 Nonconformiteit (en dwaling)

Op het basisvereiste van artikel 7:17 lid 1 BW dat de geleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden volgt in lid 2 dat beslissend daarvoor zijn de eigenschappen die de koper ‘op grond van de overeenkomst mocht verwachten’. In het kader van de conformiteitstoets zijn alle omstandigheden van het geval relevant. Voor de invulling van deze open norm geeft lid 2 een aantal expliciete aanwijzingen.⁵ Twee van de genoemde criteria zijn gerelateerd aan de betreffende zaak en daarmee objectief getint. Het betreft de aard van de zaak en eigenschappen voor normaal gebruik die niet betwijfeld hoefden te worden. Als objectieve criteria worden tevens gehanteerd de prijs, het soort winkel en de omstandigheden van de koop (bijvoorbeeld *outlet*). Een ander meer objectief bepaald criterium ligt in de personen van de koper en verkoper (deskundig of ondeskundig). In artikel 7:17 lid 2 BW worden echter ook twee criteria genoemd die wortelen in het gedrag van de verkoper en koper, namelijk mededelingen die gedaan zijn door de verkoper en geschiktheid voor bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

Inherent aan het feit dat bepalend is wat de koper ‘mag verwachten’ is dat de omstandigheden van het geval kunnen leiden tot een onderzoeksplicht van zijn of haar kant.⁶ Met name echter wordt een eventuele onderzoeksplicht van de koper gebaseerd op de zinsnede in lid 2 ‘en waarvan hij de aanwezigheid niet hoefde te betwijfelen’. Volgens deze bepaling moet voor het stellen van de eis van een onderzoeksplicht dus een reden tot twijfel zijn. Als relevant worden genoemd bijvoorbeeld de slechte staat, de aard van de zaak en de verdacht lage prijs.⁷

Tevens zijn voor de verplichting van de verkoper een zaak te leveren die aan de overeenkomst voldoet mede bepalend de mededelingen die hij moet doen. Want voor de vraag of voldaan is aan de conformiteitseis speelt een belangrijke rol dat de verkoper gehouden is mededelingen te doen, waarvan hij weet of moet aannemen dat ze van belang zijn voor de koper. Dit is een algemeen aanvaard uitgangspunt,

5 Zie over de in dit verband te hanteren criteria M.M. van Rossum, *Groene Serie Privaatrecht (Bijzondere overeenkomsten)*, Deventer: Kluwer 2012, art. 7:17 BW, aant. 2, Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 335, Wessels 2010, nr. 33 p. 37.

6 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 337, Jansen 2012, nr. 3.11.7.

7 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 346, Klik 2011, nr. 4.13.

hoewel over de onderbouwing van de mededelingsplicht van de verkoper geen overeenstemming bestaat.⁸ Veelal wordt inzake de verhouding tussen onderzoeksplicht en mededelingsplicht gerefereerd aan hetgeen daaromtrent gelding heeft bij het dwalingsvraagstuk maar ook op dit terrein bestaat verschil van mening.⁹ De Hoge Raad sluit op dit punt aan bij de dwalingscriteria.¹⁰ Volgens Asser/Hartkamp en Sieburgh zijn de onderzoeks- en mededelingsplichten inzake de dwalings- en conformiteitsproblematiek op vergelijkbare wijze gemodelleerd en daarbij sluit ik in het navolgende aan.¹¹

Het gewicht van mededelingen die door de verkoper gedaan zijn of hadden moeten worden gedaan wegen in uitgangspunt zwaarder dan de onderzoeksplicht van de koper. Maar in een aantal spraakmakende arresten is duidelijk naar voren gekomen, dat op grond van hetgeen de koper daadwerkelijk waarneemt of weet het toch kan voorkomen dat de mededelingsplicht van de verkoper – in afwijking van het uitgangspunt – minder sterk weegt dan de onderzoeksplicht van de koper.¹²

In het vijfde lid van artikel 7:17 BW is in aansluiting op artikel 2 lid 3 van de Richtlijn 99/44/EG neergelegd dat de koper zich er niet op kan beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, wanneer hem dat bij het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn. De genoemde richtlijn ziet op de verkoop en garanties bij consumptiegoederen, maar bij de implementatie van de betreffende bepaling heeft artikel 7:17 lid 5 BW een algemeen werkingsgebied gekregen. Over de frase ‘of redelijkerwijs bekend kon zijn’ bestaat enige onduidelijkheid die terug te voeren is op de niet heel heldere formulering. In de parlementaire geschiedenis is benadrukt, dat de bepaling niet ziet op een onderzoeksplicht maar het geval betreft dat de koper zich op een gebrek wil beroepen terwijl het hem onmogelijk kon zijn ontgaan.¹³ Toch wordt deze bepaling soms vaak in combinatie met een onderzoeksplicht genoemd.¹⁴ Ook echter wordt aangesloten bij de strekking van de richtlijn op dit punt.¹⁵ Hijma benadrukt dat bij consumentenovereenkomsten de enge uitleg wordt voorgeschreven door de richtlijn, zodat het eigenlijk gaat om ‘bekend was of redelijkerwijs niet onbekend kon zijn’.¹⁶

Resumerend kan worden gesteld dat in geval van ‘fysiek nabije’ koop zichtbaarheid van gebreken/de feitelijke gesteldheid op twee punten binnen artikel 7:17 BW een rol speelt: ofwel rechtstreeks leidend tot afwijzing van een beroep op non-conformiteit zonder dat het punt van een onderzoeksplicht aan de orde komt (lid 5) ofwel

8 Zie over de verschillende opvattingen Wessels 2010, nr. 33, p. 36-37, Jansen 2012, nr. 3.1.8.

9 Wessels & Verheij 2013, nr. 30; Jansen 2012, nr. 3.11.7.

10 HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 231.

11 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 231.

12 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 342.

13 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 18.

14 Bijvoorbeeld Wessels & Verheij 2013, nr. 30.

15 Jansen 2012, nr. 3.11.9.

16 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 355a.

omdat de koper iets ziet of ergens rekening mee moet houden zodat er reden is tot een onderzoeksplicht (via lid 2). Deze twee aspecten vallen weg bij digitale koop, hoewel natuurlijk met een foto of filmpje enige compensatie van het ‘niet zien’ is te bewerkstelligen. Wanneer daarvan in een concreet geval sprake is, zal dit (afhankelijk van onder meer de kwaliteit ervan) meewegen bij toepassing van de norm van ‘alle omstandigheden van het geval’.

Vanzelfsprekend kan wanneer de verkoper een spreekplicht heeft geschonden ook een beroep op dwaling een optie zijn. Vooral de mogelijkheid van schadevergoeding zal echter reden zijn voor een voorkeur van de wanprestatievordering boven een vernietiging wegens dwaling.

2.2 Artikel 7:46c lid 1 sub b BW en artikel 6:230m lid 1 sub a BW zoals voorgesteld

Een digitaal gesloten consumentenkoop kan door de koper binnen zeven werkdagen na ontvangst van de zaak zonder reden worden ontbonden. Als algemeen gevolg van het achterwege laten van een aantal informatieplichten ex artikel 7:46c – waaronder die van lid 1 sub b inzake de belangrijkste kenmerken van de zaak – geldt een verlenging van die ontbindingstermijn van zeven dagen tot drie maanden (art. 7:46d lid 1 BW). Het gewicht van deze informatieplichten wordt in de literatuur niet zwaar gewogen. Zo benadrukt Jansen dat het hier slechts gaat om informatieplichten met een formalistisch karakter, door hem aangeduid als ‘documentatieplicht’.¹⁷ Loos stelt expliciet dat noch de wet, noch de richtlijn bepaalt welke sanctie op een eventuele schending van deze informatieplichten staat.¹⁸

Achterliggende gedachte is dat het gebruik van technieken voor communicatie op afstand geen vermindering van informatie ten gevolge mag hebben. Daarom worden bepalingen inzake aan de consument te verschaffen informatie wenselijk geacht.¹⁹ Wanneer de precontractuele informatie niet wordt verstrekt, kan dit ten gevolge hebben dat de informatie geen deel uitmaakt van de overeenkomst. Het niet nakomen van deze verplichting is volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat leidde tot de invoering van artikel 7:46c BW een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis als bedoeld in artikel 6:74 BW.^{20,21}

Inzake de informatieverplichting van de belangrijkste kenmerken van de zaak wordt gesteld dat deze ertoe dient om de consument de gelegenheid te geven zich een toereikend beeld te vormen van hetgeen hem wordt aangeboden om een weloverwogen

17 Jansen 2012, nr. 2.9.1., zie ook 3.11.5 in fine. L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 35 stelt in het kader van het door haar behandelde onderwerp dat niet duidelijk is welke waarde moet worden toegekend aan de precontractuele informatieplichten van art. 7:46c BW.

18 Zie Loos 2004, p. 88.

19 Overweging 11 bij Richtlijn 97/7/EG.

20 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 7, zie ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 5, p. 23.

21 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 89c noemt hier onder meer de mogelijkheid van schadevergoeding.

besluit te nemen.^{22,23} In het kader van de verplichting de *Wesentliche Merkmale* mee te delen benoemt het Münchener Kommentaar daarnaast ook expliciet het vergelijkingsaspect.²⁴

In de literatuur wordt op verschillende wijzen een link gelegd tussen de informatieplicht de belangrijkste kenmerken van de zaak te noemen en artikel 7:17 BW. Castermans en Krans vermelden (echter zonder commentaar) artikel 7:17 BW bij het voorschrift de belangrijkste kenmerken van de zaak te noemen.²⁵ Keirse e.a. stellen dat de informatieplicht al voortvloeit uit artikel 7:17 BW.²⁶ Asser/Hijma benadrukt dat in beginsel specifieke gevolgen aan het niet voldoen aan de informatieplichten zijn verbonden zodat in beginsel geen dwaling of non-conformiteit aan de orde zal zijn. Soms kan echter toch sprake zijn van non-conformiteit/dwaling. Hijma noemt het achterwege laten van informatie over ‘cruciale eigenschappen van de zaak’.²⁷

De huidige bepalingen artikel 7:46c en 7:46d BW maken deel uit van afdeling 7.1.9A BW, die is ontleend aan de Richtlijn overeenkomsten op afstand (Richtlijn 79/7/EG). Deze richtlijn is samen met de Richtlijn Colportage vervangen door de Richtlijn consumentenrechten, die eind 2013 geïmplementeerd zou moeten zijn (Richtlijn 2011/83 EU).²⁸ Wetsvoorstel 33 520 beoogt een hier op aansluitende regeling te geven. Daarbij zal de huidige afdeling 7.1.9A BW vervallen en een nieuwe afdeling 6.5.2B BW in de wet worden opgenomen. Hiervan ziet het voorgestelde artikel 6:230m BW op informatieplichten in geval van overeenkomsten op afstand en buiten de verkoopruimte. Als eerste worden in lid 1 sub a daar genoemd de voornaamste kenmerken van de zaken (of diensten), met daaraan de toevoeging ‘voor zover dit passend is’ gezien de betreffende zaak.²⁹ Deze informatie maakt

22 Y. Schaub, *Groene Serie Privaatrecht* (Bijzondere overeenkomsten), Deventer: Kluwer 2012, art. 7:46c BW, aant. 1 resp. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 32. Zie over informatieplichten in het algemeen J.G.J. Rinkes, in: W.H. van Boom (red.), *Koop!* (BW krant Jaarboek 14), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 98 e.v.

23 In dit verband is het opvallend dat art. 6:227b lid 2 BW niet meer op de voorgrond wordt gesteld. Deze bepaling ziet op het ter beschikking stellen van voorwaarden niet zijnde algemene voorwaarden in geval van een digitaal verstrekte dienst. Lid 5 van het artikel verbindt aan het nalaten van deze informatie de mogelijkheid van ontbinding. Zie over deze regeling Y.G. Blei Weissmann, *Groene Serie Privaatrecht (Verbintenissenrecht)*, aant. 51 e.v. en 99 e.v. Een mogelijke reden voor de onopvallende rol van deze bepaling zou kunnen liggen in het beperkte werkingsgebied dat aan de bepaling wordt verbonden.

24 W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, München: Beck Verlag 2012, Wendehorst, § 312 c BGB abs. 1 jo. § 246 EGBGE abs. 1 Rdnr 22.

25 A.G. Castermans & H.B. Krans, *T&C Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2013, art. 7: 46c BW, aant. 3b.

26 A.L.M. Keirse, S.A. Kruisinga & M.Y. Schaub, ‘Twee nieuwe wetgevingsinstrumenten: De Richtlijn Consumentenrechten en het gemeenschappelijk Europees kooprecht’, *Contracteren* 2012/1, sub 2.3.

27 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 89c.

28 Vergelijk hierover Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 94a.

29 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 33 (MvT) benadrukt dat de consument de zaak niet kan zien.

dan volgens artikel 6:230n lid 2 BW een integraal onderdeel uit van de overeenkomst. Bovendien moet vervolgens de verkoper onder meer ook zorgen voor een herinnering aan het bestaan van de wettelijke waarborg dat de geleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden (het voorgestelde art. 6:230m lid 1 sub l). Het algemene ontbindingsrechtsrecht wordt – in aansluiting op de richtlijn – verruimd tot veertien dagen (art. 6:230o BW zoals voorgesteld).

De sanctie van de verlenging van de herroepingstermijn zoals neergelegd in het huidige artikel 7:46d BW steunt op artikel 6 lid 1 derde zin Richtlijn overeenkomsten op afstand. De nieuwe Richtlijn Consumentenrechten kent echter alleen een dergelijke sanctie voor zover het gaat om het niet vermelden van het herroepingsrecht, en geen algemene sanctie.³⁰

2.3 De context: een opmars van de verplichting de belangrijke kenmerken van de zaak te noemen, ook in DCFR en CESL³¹

De verplichting informatie te verschaffen over de belangrijkste kenmerken van de zaak kan in steeds ruimere mate worden gesignaleerd, waarvan ik er enkele globaal aanduid. Het gaat daarbij niet alleen om transacties langs digitale weg, maar ook anderszins.

Zo verwoordt artikel 5 lid 1 sub a Richtlijn 2011/83/EU de informatieplicht inzake de voornaamste kenmerken van goederen en diensten voor andere dan op afstand (of buiten een verkooppunt) gesloten overeenkomsten in een B-C-verhouding. In het genoemde wetsvoorstel 33 520 wordt hierbij aangesloten in artikel 6:320l sub a BW.

Mededelingsplichten zoals hier bedoeld hebben eveneens een plaats binnen de DCFR en de CESL. Artikel II.-3:103 lid 1 DCFR ziet op transacties waarbij de consumentkoper in een aanzienlijk nadelige informatie positie is om een drietal redenen: ‘the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer or the nature of the transaction’. Aan een dergelijke nadelige positie wordt een plicht tot het verschaffen van duidelijke informatie verbonden over onder andere de belangrijkste kenmerken van de zaak. Het artikel ziet alleen op een contract met een consument die zich in een specifiek nadelige positie bevindt. Daarbij gaat het niet om de informatieachterstand die een consument in het algemeen heeft ten opzichte van het bedrijf waarmee hij zaken doet, maar om een nadelige positie ten gevolge van de drie genoemde omstandigheden. Expliciet wordt daarbij gewezen op het feit, dat een consument die goederen koopt via internet de zaak (of bijvoorbeeld een soortgelijk model) niet kan onderzoeken en daarmee dus informatieachterstand heeft.³² Van de CESL vermeld ik artikel 13 lid 1 sub a, dat een informatieplicht inzake de belangrijkste kenmerken van de zaak voor een B2C-koop verwoordt voor (onder andere) koop-op-afstandsituaties.

30 L.B.A. Tigelaar, ‘Sancties op schending van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2013, p. 154 e.v. stelt voor hier de mogelijkheden van de afdeling oneerlijke handelspraktijken te benutten.

31 Asser-Hijma 7-I* 2013, nr. 89c.

32 Von Bar & Clive 2009, p. 213.

Het commentaar gaat in op de vraag wat moet worden verstaan onder de ‘main characteristics’.³³ Gesteld wordt dat dit van geval tot geval moet worden bepaald. Waarschijnlijk wordt geacht dat aan de verbintenis is voldaan wanneer informatie is verschaft die voor de gemiddelde consument nodig is om tot een weldoordachte beslissing tot aankoop te komen, bijvoorbeeld genoeg informatie voor vergelijking met andere producten.

Artikel 20 lid 1 sub a CESL bevat de verplichting tot het aangeven van de belangrijkste kenmerken van de zaak voor de B2C-verhouding in ‘other than distance and off-premises contract’. Bovendien bevat artikel 23 lid 1 CESL een soortgelijk voorschrift voor B2B verhoudingen.

De DCFR en de CESL bevatten ieder ook een bepaling die ziet op de gevolgen van het schenden van informatieplichten (art. II.-3:109 DCFR en art. 29 CESL). Beide geven onder meer aan dat de partij die de informatie had moeten verschaffen schadelijk is voor de schade ten gevolge van een schending van die verplichting (art. II.-3:109 lid 3 DCFR en art. 29 lid 1 CESL). Volgens de CESL is alleen een zodanige schadevergoeding verschuldigd als er een contract tot stand is gekomen, terwijl de DCFR-bepaling ook ziet op gevallen waarin geen contract tot stand komt. Het commentaar op de CESL wijst in dit verband expliciet op het belang van het vereiste causaal verband.³⁴

Interessant is dat beide instrumenten aangeven dat naast specifieke gevolgen van het niet voldoen aan de betreffende informatieplichten ook algemene remedies voor handen kunnen zijn. Voor de DCFR blijkt dit uit artikel II.-3:109 DCFR par. 2 en 4, waarin de niet-nakoming van hetgeen is overeengekomen en dwaling uitdrukkelijk ter sprake komen. In het commentaar wordt echter een ruimer scala aan remedies genoemd, zoals bedrog.³⁵ Artikel 29 lid 3 CESL wijst er onder andere op dat de regelingen voor dwaling en bedrog van toepassing blijven.

3 Mededelingsplicht inzake de belangrijkste kenmerken van de zaak bij digitale consumentenkoop

3.1 Afdeling 6.1.9A BW is van toepassing

Evenals bij fysiek nabije koop zullen gedane mededelingen bij een digitale consumentenkoop in beginsel beslissend zijn voor de beantwoording van de conformiteitsvraag. De mogelijkheid van ontbinden wegens wanprestatie of vernietigen wegens dwaling zullen dan reële opties zijn wanneer aan de toezegging niet wordt voldaan.

Onduidelijk is echter wat rechtens is wanneer de in artikel 7:46c lid 1 sub b BW bedoelde mededelingen ontbreken. Daarop wordt hieronder ingegaan aan de hand van een alledaags voorbeeld.

33 Schulze 2012, p. 131.

34 Schulze 2012, p. 131, p. 176-177.

35 Von Bar & Clive 2009, p. 237.

Stel, dat een consument via een webshop een wasmachine koopt van een winkel in witgoed. De verkoper heeft het toerental van de machine niet op zijn webshop vermeld, terwijl dit toch een wezenlijk kenmerk van de zaak zal zijn. Het toerental van de machine blijkt iets lager dan de koper had beoogd. De koper laat de termijn voor de ontbinding zonder opgave van redenen verstrijken. Kan hij alsnog ontbinden wegens wanprestatie? Een consument die een nieuwe zaak aanschaft, mag volgens de norm van het normaal gebruik in het kader van artikel 7:17 BW verwachten dat deze zonder haperen functioneert. De aard van de zaak en de prijs zijn daarvoor onder meer belangrijke indicatoren. Bepalend is dus of de machine wast op een manier die van een machine van dit merk/voor deze prijs mag worden verwacht. Wanneer het toerental binnen de piketpalen ‘aard van de zaak en prijs’ past, zal geen non-conformiteitsvordering mogelijk zijn. Dit geldt voor alle aspecten daarvan, dus niet alleen voor ontbinding, maar ook voor nakoming (waaronder ook ‘herstel’) en schadevergoeding.

Het toerental is wel echter wel een van de belangrijkste kenmerken van een wasmachine. In de mogelijkheid niet gebonden te zijn aan een koop die weliswaar niet leidt tot non-conformiteit maar wel tot een zekere teleurstelling, wordt daarom voorzien door de mogelijkheid tot ontbinding zonder opgave van redenen.

De koppeling tussen artikel 7:17 BW en het niet nakomen van de verplichting van artikel 7:46c lid 1 sub b BW de belangrijkste kenmerken van de zaak te noemen is dus voor gevallen zoals deze koop – die van een nieuwe industrieel vervaardigde zaak – zeker niet steeds vanzelfsprekend.

De uitspraak Rb. Haarlem 15 december 2005, zaaknr. 270583 CVB EXPL 05-2178 verschilt van het hiervoor genoemde voorbeeld omdat het de verkoop betreft van een tweedehandszaak die geen soortzaak is. Bovendien is er sprake van contact tussen partijen via e-mail.

Deze uitspraak wordt op rechtspraak.nl. gekarakteriseerd als betreffende ‘consumentenkoop’ en ziet op een geval waarin de koper schadevergoeding vordert wegens wanprestatie. Het gaat om een tweedehandsmotorfiets (Honda Pan European) die voor 3.000 euro wordt gekocht door een in Frankrijk wonende koper. De koop komt tot stand via e-mail. Er is geen proefrit gemaakt. De verkoper doet herhaaldelijk de toezegging dat de motor in technisch goede staat verkeert en laat desgevraagd aan de koper weten dat de motor twee schaafplekjes heeft en verder in goede staat verkeert. Als de koper de motor komt ophalen blijkt de voorband versleten. Daar maakt hij dan echter geen punt van. De verkoper meldt hem op dat moment tevens dat de remmen ‘een beetje plakken’ en dat de uitlaat niet nieuw is. De koper rijdt op de motorfiets naar huis (1200 km naar Frankrijk) en brengt aldaar de motor naar de garage waar blijkt dat de remmen moeten worden vernieuwd. Tevens blijkt de uitlaat niet te voldoen aan Franse eisen zodat vervanging noodzakelijk is. Ook wordt voor de versleten voorband een nieuwe aangebracht. De koper vordert schadevergoeding voor alle drie schadeposten. Die voor de uitlaat wordt afgewezen op grond van artikel 7:23 BW en ook omdat van de verkoper niet kan worden verwacht dat hij zich zou verdiepen in de technische eisen die in Frankrijk aan uitlaten

worden gesteld. Wat betreft de voorband wordt overwogen dat eiser bij aflevering onmiddellijk zag dat de band versleten was en dat hij heeft besloten daar geen punt van te maken met als gevolg dat hij daar thans niet op terug mag komen. Derhalve wordt alleen voor de plakkende remmen aansprakelijkheid aangenomen.

De uitspraak is illustratief omdat daaruit duidelijk naar voren komt hoezeer artikel 7:17 lid 5 BW geen werking heeft in dit soort situaties. Immers, de versleten voorband en de afwijkende uitlaat zouden zeker goed zichtbaar zijn geweest bij een ‘fysiek nabije’ koop zodat de verkoper zich hierop zou kunnen beroepen ter afwering van aansprakelijkheid. In geval van een digitale koop blijkt nu toch op een dergelijk punt de mogelijkheid van aansprakelijkheid te bestaan, nu de reden dat hiervan wordt afgezien (mede) ligt in het feit dat de koper bij aflevering niet heeft geprotesteerd. De aansprakelijkheid die aldus in aanleg aanwezig is zou kunnen worden voorkomen door een mededeling van de verkoper. Hier lijkt dus de informatieplicht van artikel 7:46c lid 1 sub b BW eerder te kunnen samenvallen met die van artikel 7:17 BW dan bij gevallen zoals in het voorbeeld hierboven. Ook echter zou de versleten band (of uiteraard een ander gebrek) kunnen worden begrepen onder de aard van de tweedehandszaak in verband met de prijs. De aard van de zaak en ook het normale gebruik ervan en de prijs bieden echter minder houvast bij zaken die geen soortzaak zijn dan bij soortzaken het geval is.

3.2 Consumentenkoop buiten de werking van afdeling 6.1.9A BW

Hier verdient vermelding de uitspraak Hof Amsterdam 9 oktober 2012, *NJF* 2013/22, *ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5415*. Een veilinghuis biedt via een internetveiling een schilderij aan waarvan de omschrijving luidt ‘Jopie Huisman, Theedoeken aan de waslijn, olieverf op doek, 60×60 cm’. Voor zaken die het veilinghuis via internet te koop aanbiedt organiseert het kijklagen. De richtprijs van het betreffende schilderij bedraagt 250 tot 350 euro, de inzet bij de veiling bedraagt 220 euro. Bij e-mail krijgt de koper in kwestie bericht dat hem onder andere is toegewezen het schilderij van Jopie Huisman voor 2200 euro. Vervolgens wordt op verzoek van de koper het schilderij getaxeerd door taxateurs van het Jopie Huisman Museum. Daarbij blijkt dat het niet gaat om een schilderij dat is gemaakt door de schilder Jopie Huisman. Twee aspecten zijn daarvoor van belang. Ten eerste dat de kleuren voor het schilderij niet door de schilder Jopie Huisman zijn gebruikt, en ten tweede dat de handtekening aangeeft ‘Joop’ en niet ‘Jopie’.

De kantonrechter wijst de vorderingen van de koper – inzake vernietigbaarheid of ontbinding van de koopovereenkomst – af. De reden hiervan is een samengestelde: er is geen consumentenkoop en de koper heeft onvoldoende onderzoek gedaan. Dat geen sprake zou zijn van consumentenkoop ligt in het feit, dat de verkoper aanvoert dat hij verkoopt als vertegenwoordiger van een particuliere verkoper/inzender. In dat geval is er dus geen sprake van een verhouding B2C maar van een verhouding C2C. Het hof acht dit echter niet in voldoende mate aannemelijk gemaakt en gaat uit van een B2C-verhouding. Nu het gaat om de verkoop van een schilderij via een internetveiling is echter in deze B2C-verhouding afdeling 7.1.9A BW niet van

toepassing ex artikel 7:46b lid 1 sub b.³⁶ Daarmee heeft artikel 7:46 lid 1 sub b over de mededelingsplicht van de belangrijkste eigenschappen van de zaak geen werking, en hetzelfde geldt voor het wettelijke ontbindingsrecht zonder reden. De koper die van de koop af wil, is daarom aangewezen op ontbinding of vernietiging. Het hof wijst de vordering van de koper toe. Centraal daarbij staat dat het schilderij zonder enig voorbehoud is aangeduid als geschilderd door Jopie Huisman zonder de toevoeging ‘gesign.’ waarmee wordt aangegeven dat de echtheid niet door de veilingkoper wordt gegarandeerd. Dit is een goed te verdedigen benadering, maar toch wil ik hier een kanttekening maken door te wijzen op een opvallend verschil met de situatie van een ‘fysiek nabije koop’. Want omdat in dat geval de koper zou hebben gezien dat sprake was van een ondertekening ‘Joop Huisman’ zou toch toepassing van artikel 7:17 lid 5 BW moeten worden overwogen.

Bovendien lijkt mij relevant dat de richtprijs 250 tot 350 euro was terwijl de inzet 220 euro bedroeg. De koper blijkt bereid 2200 euro voor het schilderij op tafel te leggen. Dit geeft de koop een speculatief karakter – zoals bij veilingkoop vaker het geval is – die in de weg kan staan aan een beroep op artikel 7:17 BW.³⁷ Hoewel de koper het schilderij en dus de ondertekening niet ziet, zouden de lage richtprijs en ook de inzet aanleiding kunnen zijn een onderzoeksplicht/plicht tot navraag aan de kant van de koper aan te nemen.

Hoewel artikel 7:46c lid 1 sub b voor dit geval geen werking heeft, blijkt dus toch op de verkoper een grotere gehoudenheid te rusten tot medelen van belangrijke eigenschappen van de zaak bij deze internetveiling dan bij een fysiek nabije koop. Hij heeft bij een digitale koop in het kader van artikel 7:17 BW een zwaardere informatieplicht omdat de koper de zaak niet daadwerkelijk ziet.

4 Conclusie

Een consument die een roerende zaak koopt langs digitale weg wordt veelal beschermd door een groot aantal mededelingsplichten van de verkoper. Een daarvan betreft de belangrijkste kenmerken van de zaak (art. 7:46c lid 1 sub b BW en volgens wetsvoorstel 33 520 art. 6:230m lid 1 sub a). Aan de specifieke regeling voor koop op afstand, waarvan deze bepalingen deel uitmaken, is de bevoegdheid verbonden de koop zonder opgave van redenen te ontbinden binnen één dan wel twee weken (art. 7:46d lid 1 BW resp. art. 6:230o BW, wetsvoorstel 33 520).

Wanneer ofwel deze regeling niet van toepassing is ofwel de termijn daarvoor verlopen is, wordt een beroep op de conformiteitsnorm van artikel 7:17 BW van belang om via ontbinding wegens wanprestatie de koopovereenkomst te kunnen beëindigen. Ook is het mogelijk dat de consument niet alleen wil aansturen op ontbinding,

36 Zie hierover Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 79. Deze bepaling geldt voor iedere veiling; art. 16 sub k van de nieuwe Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn 2011/83 EU) maakt echter alleen een uitzondering voor openbare veilingen, zie art. 6:230g sub j zoals voorgesteld en *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 20. Veilingen die alleen online plaatsvinden, vallen niet onder het begrip openbare veiling, maar ‘hybride’ veilingen (die tegelijkertijd online en op fysieke wijze plaatsvinden) wel.

37 E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2011, nr. 4.13.

maar bijvoorbeeld tevens op schadevergoeding. Dan komt de vraag aan de orde in hoeverre het niet voldoen aan de verplichting de belangrijkste kenmerken van de zaak te noemen het antwoord op de conformiteitsvraag bepaalt. Waar binnen de conformiteitsproblematiek de mededelingsplichten een prominente plaats innemen, zou het voor de hand kunnen liggen steeds een verbinding te leggen tussen het achterwege laten van de hier bedoelde informatie en artikel 7:17 BW. Iedere regeling met de daaraan verbonden gevolgen dient echter op zijn eigen merites te worden beoordeeld. Dit uitgangspunt strookt met de benadering van deze problematiek in de DCFR en CESL. Wel is het natuurlijk zo, dat omstandigheden die bij de toepassing van het ene artikel een rol spelen, ook bij de andere bepaling kunnen meewegen. Bij digitale koop van een roerende zaak door een consument zijn – zoals bij iedere koop – alle omstandigheden van het geval bepalend voor de non-conformiteitsproblematiek. Met inachtneming daarvan kan om de centrale vraag te beantwoorden echter de volgende tweedeling houvast bieden. Gaat het om een soortzaak (waarbij vooral te denken valt aan nieuwe industrieel vervaardigde zaken), dan zullen met name objectieve factoren zoals prijs en aard van de zaak bepalend zijn voor de conformiteitsproblematiek. Maar gaat het om individueel bepaalde zaken – zowel wanneer zij onder de werking vallen van afdeling 6.1.9A BW als wanneer dit niet het geval is – dan bieden objectieve factoren minder houvast zodat zij minder gemakkelijk een richtsnoer vormen. Daarom zal dan het gewicht van de informatieplicht in het kader van artikel 7:17 BW groter zijn. Bij soortzaken ligt aldus de plicht de belangrijkste kenmerken van de zaak mee te delen meer op het terrein van de vergelijking tussen soortgelijke goederen dan bij specieszaken, waar het vooral gaat om nadere bepaling/identificatie van de zaak. Bij een tweedehandszaak speelt daarom sneller de plicht om de belangrijkste kenmerken van de zaak mee te delen een rol binnen de conformiteitstoets. Dit geldt ook voor digitale koop van een zaak die niet valt onder de regeling van afdeling 6.1.9A BW omdat immers ook dan de verkoper er rekening mee moet houden dat de koper de zaak niet ziet (en er dus geen sprake is van een onderzoeks/navraagplicht in aansluiting op hetgeen hij waarneemt of van de werking van art. 7:15 lid 5 BW). Waar de Hoge Raad inzake onderzoeks- en mededelingsplichten op het terrein van artikel 7:17 BW aansluit bij dwaling, ligt het voor de hand ook omgekeerd voor dwaling bij het bovenstaande aan te sluiten.

Opmerkelijk is de algemene opmars van informatieplichten, zowel bij consumentenkoop als daarbuiten. Dit zal onvermijdelijk meebrengen dat meer nadruk komt te liggen op de mededelingsplicht van de verkoper, zeker ook bij digitale koop. Want vooral bij digitale koop – waarvan in deze bijdrage de consumentenkoop centraal staat – zal er gemakkelijk aanleiding zijn de informatieplicht van de verkoper sterk voorop te stellen omdat de koper de zaak immers niet waarneemt. Toch is het zaak binnen de toepassing van artikel 7:17 BW ook de andere bepalende elementen niet te veronachtzamen maar een passende plaats te blijven geven. Dit geldt zeker voor de objectieve factoren zoals aard en prijs van de zaak maar soms onder omstandigheden tevens voor bijvoorbeeld een mogelijke reden voor een plicht tot navraag.

Ook bij digitale consumentenkoop zijn voor de beantwoording van de conformiteitsvraag alle omstandigheden van het geval bepalend.

Webwinkels en derdenbescherming

‘2014’ anno 2014

E. Koops en E.F. Verheul

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt gepleit voor een ruime toepassing van artikel 3:86 lid 3 sub a BW bij internetaankopen.¹ Dit artikel verleent – kort gezegd – bescherming aan de consument die te goeder trouw een minder dan drie jaar tevoren gestolen roerende zaak in een winkel² koopt van een professionele verkoper. De achtergrond van de bepaling is dat een consument bij ‘normale’ aankopen bij een professionele handelaar niet beducht is op gestolen waar, en mag afgaan op de betrouwbaarheid en continuïteit die door de bakstenen van het winkelpand wordt belichaamd.³ De wet bepaalt dat de winkel in kwestie een ‘gebouwde onroerende zaak’ moet zijn, maar die omschrijving voldoet niet langer nu een relevant deel van de consumentenaankopen via internet plaatsvindt (par. 2). De parlementaire geschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad geven aanleiding om webwinkels ook onder de beschermingsbepaling te laten vallen (par. 3), zij het dat het bijzondere karakter van de koop op afstand vragen opwerpt omtrent het toetsingsmoment van de goede trouw (par. 4). Daarmee is niet gezegd dat iedere aankoop via internet bescherming verdient. De goede trouw van de verkrijger wordt evenals de invulling van de wegwijsplicht van artikel 3:87 BW nader bestemd door de omgeving waarin een digitale aankoop tot stand komt (par. 5). In de digitale winkelstraat bepalen andere gegevens dan in de Kalverstraat bovendien of de zaak is verkregen in de normale handel (par. 6). Een wetswijziging lijkt met dit al niet geboden.⁴ Het geldende privaatrecht kan door

1 In vergelijkbare zin Fikkers 2000, Vonck 2011; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 441. Salomons 2000 stelt zich op het standpunt dat dit wenselijk, maar niet mogelijk is. Struycken 2002 is minder eenduidig, maar lijkt te betogen dat derdenbescherming na internetkoop mogelijk noch wenselijk is.

2 Fikkers 2000, p. 433-434 verkiest de term ‘verkooppunt’ omdat ‘winkel’ volgens de woordenboekbetekenis associaties oproept met de detailhandel van koopwaren vanuit een gebouw, terwijl volgens de parlementaire geschiedenis bijvoorbeeld ook de verkoop vanuit een garage of een vaste standplaats in een markthal onder het artikel valt: Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1225 (NvW 3 Inv.). Een webwinkel is echter moeilijk een ‘verkooppunt’ te noemen omdat die term een fysiek aanwijsbare plaats (‘punt’) impliceert. Bij gebrek aan beter wordt hier toch de term ‘winkel’ gebruikt, die inmiddels voldoende gedenatureerd lijkt om weer bruikbaar te zijn: denk aan webwinkel, reiswinkel, zorgwinkel.

3 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1218 (brief MvJ), p. 1221 (MO II Inv.), p. 1225 (NvW 3 Inv.). Vgl. Fikkers 2000, p. 434-435.

4 Fikkers 2000, p. 436; Vonck 2011, p. 303. Anders: Salomons 2000, p. 903 (‘anachronistische sta-in-de-weg’).

interpretatie voldoende hanteerbaar worden gemaakt voor een digitale omgeving (par. 7).

In het vervolg zal geen aandacht worden besteed aan de aankoop via internet van andere goederen dan roerende zaken. Software, verzekeringen, popliedjes en de vliegvakantie blijven buiten beschouwing. Evenmin zal het verschil in derdenbescherming tussen de nationale stelsels aan bod komen. Bij een aankoop door een Nederlandse consument zullen de goederen veelal in Nederland worden afgeleverd, en pas bij en na de levering wordt de vraag naar derdenbescherming relevant.⁵ Op dat moment is het Nederlandse recht als *lex rei sitae* (art. 10:131 BW) bepalend voor de vraag of de koper derdenbescherming toekomt, ongeacht waar de verzendende webwinkel zijn domicilie heeft. Omgekeerd zou het te ver voeren om derdenbescherming van buitenlandse verkrijgers bij de (potentieel mondiale) verzending door een Nederlandse webwinkelier in deze beschouwing te betrekken. De internetveiling tot slot, waarvoor artikel 3:86 lid 3 sub a BW niet kan gelden,⁶ vormt het onderwerp van een afzonderlijke beschouwing in deze bundel.

2 Hinderickx, Winderickx en de legitimatieleer

In een gedicht van Paul van Ostaïjen ontmoeten twee heren elkaar op straat ‘vlak vóór de winkel van Hinderickx en Winderickx van de beroemde hoedemakers’.⁷ Zij nemen ieder hun eigen hoed af, zij passeren elkaar en zetten hun hoed weer op het (eigen) hoofd. Er gebeurt niet veel en ‘dat is het recht van deze beide heren’. De winkel ligt op een heuvel, want de heren klimmen en dalen. Zij ontmoeten elkaar ‘vlak vóór de deur’. In de wereld van het gedicht is de winkel van Hinderickx en Winderickx dus een fysieke plaats, een tot het verhandelen van hoeden bestemde bedrijfsruimte, ‘zijnde een gebouwde onroerende zaak’ in de zin van artikel 3:86 lid 3 sub a BW. Mochten de heren het pand betreden om een hoed te kopen, dan verkrijgen zij door levering zelfs de eigendom wanneer het hoofddeksel in kwestie van diefstal afkomstig is. Zij hoeven er niet op bedacht te zijn dat de beroemde hoedemakers wellicht ook gestolen hoeden verhandelen. Ook dat is het recht van deze beide heren. Zij kunnen zich als verkrijgers te goeder trouw en om baat beroepen op de derdenbescherming van artikel 3:86 lid 1 BW, en zij kunnen die bescherming op de voet van artikel 3:86 lid 3 sub a BW zelfs invoeren tegen de eigenaar die het bezit van zijn hoed minder dan drie jaren tevoren door diefstal heeft verloren.

Artikel 3:86 BW: (lid 1) Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht overeenkomstig artikel 90, 91 of 93 van een roerende zaak, niet-registergoed,

5 Dit ligt anders bij een levering *constituto possessorio* of *longa manu* door een buitenlandse verkoper. Naar Nederlands IPR wordt de vraag naar derdenbescherming dan beheerst door het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt ten tijde van de verkrijging (art. 10:131 BW). Maar bij een consumentenkoop via internet zal dit patroon zich niet snel voordoen. Zo ook Struycken 2002, p. 216.

6 Struycken 2002, p. 236.

7 Paul van Ostaïjen, ‘Alpejagerslied’, uit: *Nagelaten gedichten* (1928), Amsterdam: Athenaeum 2010.

of een recht aan toonder of order geldig, indien de overdracht anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is.

(lid 3) Niettemin kan de eigenaar van een roerende zaak, die het bezit daarvan door diefstal heeft verloren, deze gedurende drie jaren, te rekenen van de dag van de diefstal af, als zijn eigendom opeisen, tenzij:

(sub a) de zaak door een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde, is verkregen van een vervreemder die van het verhandelen aan het publiek van soortgelijke zaken anders dan als veilinghouder zijn bedrijf maakt in een daartoe bestemde bedrijfsruimte, zijnde een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan met de bij het een en ander behorende grond, en in de normale uitoefening van dat bedrijf handelde.

De winkel van Hinderickx en Winderickx bestaat ook buiten de poëzie. Al meer dan dertig jaar is onder die naam een antiquariaat gevestigd in Utrecht. Er worden geen hoeden maar tweedehandsboeken verhandeld vanuit een statige bedrijfsruimte aan de Oude Gracht. Opnieuw hoeft de particuliere koper niet bedacht te zijn op gestolen waar. Hij mag zijn vertrouwen stellen in de betrouwbaarheid, de continuïteit en de professionaliteit die uitgaat van het winkelpand. Zoals vele bedrijven heeft het antiquariaat Hinderickx en Winderickx tegenwoordig ook een website.⁸ Men kan zoeken in de geïllustreerde webcatalogus, boeken bestellen, en die boeken pas na bezorging betalen. De tweetalige voorpagina vermeldt adres- en betalingsgegevens, de tweetalige bestelpagina geeft wat algemene voorwaarden over retournering en verzending. Het geheel komt alleszins betrouwbaar over.⁹ Wordt de koper beschermd die via de website een onverhoopt gestolen exemplaar van de *Verzamelde gedichten* van Paul van Ostaijen à 25 euro koopt en door postverzending geleverd krijgt? Werd hij vóór het internettijdperk beschermd, toen hij zijn keuze maakte uit een papieren catalogus en opbelde om een bestelling te plaatsen die per post werd bezorgd?

Het antwoord zou bevestigend moeten luiden. Er is geen goede reden om de ambulante consument beter te beschermen dan de briefschrijvende, bellende of muis-klikkende consument. Zij stellen hun vertrouwen in hetzelfde bedrijf en baseren dat vertrouwen op vergelijkbare impressies. Een geoutilleerd bedrijfspand maakt evenals een onderhouden website een serieuze en professionele indruk. Een consumentkoper veronderstelt (en mag veelal veronderstellen) dat een winkelier *als professional* hoogstwaarschijnlijk geen gestolen waar aanbiedt. Het getuigt van juridisch atavisme om te eisen dat de koopovereenkomst daarnaast mondeling in de winkel zelf tot stand komt, of dat de levering van hand tot hand geschiedt.

Een voor de hand liggende tegenwerping is dat het niet de professionaliteit, maar de feitelijke heerschappij van de boekhandelaar is die hem in de ogen van de koper als

8 Website: <http://www.hinderickxenwinderickx.nl/>.

9 De jurist zal wellicht opmerken dat een KvK-nummer ontbreekt (art. 3:15d lid 1 sub c BW) en dat de algemene voorwaarden niet opgeslagen kunnen worden (art. 6:234 lid 2 BW). De gemiddelde *consument* zal hier echter geen nota van nemen. Zie voor (het ontbreken van) keurmerken hieronder, par. 5.

eigenaar legitimeert.¹⁰ Die legitimatie ontbreekt wanneer de heerschappij niet is gecapiceerd door de verkrijger, maar slechts is geïnsinueerd door een afbeelding in een catalogus. Hierachter schuilt de gedachte dat een specifieke interpretatie van de legitimatieleer – legitimatie door de waargenomen macht van de vervreemder – ten grondslag ligt aan de bescherming van artikel 3:86 BW.¹¹ De leer werd in deze gedaante door de Hoge Raad overgenomen in het *Drukpers*-arrest¹² maar voor wat betreft de derdenbescherming uitdrukkelijk door Meijers van de hand gewezen in het Ontwerp.¹³ Later is aan artikel 3:86 lid 1 BW de eis van een geldige levering in de zin van artikel 3:90 BW toegevoegd,¹⁴ wat als ondergrens voor bescherming meebrengt dat de roerende zaak ten tijde van de levering in de macht van de vervreemder is. Met de rechtsschijn van beschikkingsbevoegdheid, en dus met legitimatie, heeft dit echter weinig van doen. De verkrijger per *constitutum possessorium* van een beschikkingsonbevoegde bezitter kan zich beroepen op derdenbescherming en de zaak als eigenaar revindiceren van een dief,¹⁵ ook als hij die zaak van zijn leven nog niet heeft gezien en zelfs geen weet heeft van de verkrijging, bijvoorbeeld omdat de zaak geldig bij voorbaat is geleverd door de beschikkingsonbevoegde. Dat de levering wordt gerelativeerd jegens oudere gerechtigden (art. 3:90 lid 2 BW) doet daar niet aan af.

De rechtsschijn die wordt opgewekt door de macht van de vervreemder is niet de grondslag van derdenbescherming, want de reden en rechtvaardiging voor derdenbescherming is uiteindelijk gelegen in het belang van het handelsverkeer.¹⁶ Een

- 10 A.F. Salomons, 'Derdenbescherming en feitelijke macht', *WPNR* 1995, 6199, p. 47; A.F. Salomons, 'Plaats voor derdenbescherming?', *WPNR* 1998, 6298, p. 720. Daartegen Fikkers 2000, p. 433. Inmiddels is Salomons 2000, p. 905 uitdrukkelijk van dit standpunt teruggekomen, dat echter weer is ingenomen door Struycken 2002, p. 215 en ook bedekt wordt verdedigd door Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 369; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 400.
- 11 Aldus Struycken 2002, p. 212-214. Impliciet ook Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I* 2006, nr. 324; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 150 en 152; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 366 en 369; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 402. Maar zie ook Nieuwenhuis 1986, p. 791-792; Van Vliet 2002, p. 284-286; Zwolve 2013, p. 105, nt. 48.
- 12 HR 29 februari 1952, *NJ* 1953/58, m.nt. PhANH: Balo heeft de drukpers van Wolff verkocht aan Geleedts, die de drukpers vervolgens tegen diens wil maar zonder groot protest weghaalt bij Wolff; Balo is geen bezitter of houder geweest en er is alleen bescherming voor 'dengene die zijn rechten ontleent aan iemand, dien hij, afgaande op het door dezen uitgeoefende bezit, voor den rechthebbende heeft gehouden'. Naar het huidige recht is hier geen sprake van een levering door Balo (art. 3:90 lid 1 BW) zodat de vraag naar derdenbescherming zich niet voordoet. Of er sprake is van levering door Wolff ter uitvoering van de titel Balo-Geleedts is een feitelijke vraag, maar als het antwoord in een bepaald geval bevestigend zou luiden, komt men aan derdenbescherming evenmin toe. Zie ook Nieuwenhuis 1986, p. 792; Van Vliet 2002, p. 285; Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I* 2006, nr. 145 en 267; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 319.
- 13 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 323-324 (TM), vgl. Fesevur 2005, p. 162 en 176; Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I* 2006, nr. 324-325. Anders: Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 307.
- 14 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 333 (MvA II), zonder veel motivering.
- 15 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 324 (TM) en p. 382 (TM); Reehuis 2004, nr. 55; Fesevur 2005, p. 164; Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I* 2006, nr. 266a en 337 (verwarrend geformuleerd in nr. 331); Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 370; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 430 (verwarrend geformuleerd in nr. 417 en 428). Anders: Struycken 2002, p. 217-218, 2013, nr. 430.
- 16 Salomons 2000, p. 904; Struycken 2002, p. 238 (anders op p. 221); Fesevur 2005, p. 151.

voorwaarde voor derdenbescherming is de gepercipieerde macht van de vervreemder evenmin. Artikel 3:86 BW beschermt de *bezitsverkrijging* (te goeder trouw en om baat) als gevolg van een mislukte overdracht. De vraag is dus steeds of de *verkrijger* voldoende relatie tot de zaak heeft om hem *jegens derden* als eigenaar te legitimeren,¹⁷ zodat een beroep op bescherming gezien zijn goede trouw gerechtvaardigd is in het belang van het handelsverkeer. Wil men dit gegeven aan de kant van de *vervreemder* verbinden aan de legitimatieleer, dan is die verbinding gelegen in de ervaringsregel dat machthebbers regelmatig bezitter, en bezitters regelmatig eigenaar zijn. Een door de verkrijger waargenomen feitelijke heerschappij van de verkoper is noch een voldoende,¹⁸ noch een noodzakelijke voorwaarde¹⁹ voor bescherming, maar slechts een (sterk) argument dat een koper mocht uitgaan van de beschikkingsbevoegdheid van zijn voorganger en daarom bescherming verdient, nu aan de andere eisen voor overdracht is voldaan. Voor de conclusie dat een verkrijger heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht (art. 3:11 BW) zijn echter alle feitelijke omstandigheden van belang, zoals de plaats en verdere omstandigheden bij het sluiten van de koopovereenkomst, de persoon en het gedrag van de verkoper, de prijs en andere bepalingen van het contract, betrouwbare en beschikbare documentatie of informatie die afkomstig is van derden, en ja, ook de macht die een verkoper uitoefent over de zaak.²⁰ De vaagheid van deze omschrijving wordt gecompenseerd door het gegeven dat de goede trouw van de verkrijger wordt verondersteld (art. 3:118 lid 3 BW), zodat deze slechts feiten en omstandigheden behoeft te stellen

- 17 Nieuwenhuis 1986, p. 791; Reehuis 2004, nr. 2 en 42; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 220. Anders: o.a. Van Vliet 2002, p. 288.
- 18 Vgl. de autopapieren-jurisprudentie, met als meest recente toevoeging HR 21 oktober 2011, *NJ* 2011/494 (*DFM/Mobiel Lease*). Overigens volgt zulks ook al uit het bestaan van art. 3:86 lid 3 BW. Zie ook Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 372. In dezelfde woorden Nieuwenhuis 1986, p. 792; Struycken 2002, p. 213.
- 19 HR 1 mei 1987, *NJ* 1988/852, m.nt. WMK (*Leaseplan/IBM*): een levering *longa manu* bij voorbaat, tevoren erkend door de beoogde houder, van computers die de verkrijger Leaseplan nooit in handen van de vervreemder CHC heeft waargenomen omdat zij pas *nadien* door de eigenaar IBM aan de onmiddellijk houder Storkdata worden afgestaan, is voldoende feitelijk voor een beroep op art. 2014 OBW. Struycken 2002, p. 218, nt. 16 wil hierin lezen dat de schijn van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder ontstaat op het moment dat de houder feitelijke macht verkrijgt. Maar dat is tamelijk vergezocht, om de simpele reden dat de verkrijger geen enkele notie heeft van die machtsverkrijging. Zie ook HR 18 september 1987, *NJ* 1988/983, m.nt. WMK (*Berg/De Bary*): De Bary deelt een levering *longa manu* door Verhoeff van 'alle (...) bedrijfs- en handelsvoorraden' mee aan de houder Vebero (waarmee de levering compleet is), en die antwoordt dat zij 398 zakken Chinese grondnoten voor de vervreemder hield en voor De Bary zal houden: de verkrijger had geen benul wat er in de magazijnen van Vebero lag maar werd wel beschermd. Beide arresten behouden hun gelding onder het huidige recht, want door de levering *longa manu* is de zaak 'in handen van de verkrijger' gekomen: Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1260 (VC II Inv.), p. 1261-1262 (MvA I Inv.) en p. 1264 (MO I Inv.). Zie ook Fikkers 2000, p. 433; Van Vliet 2002, p. 288-289; Reehuis 2004, nr. 52 en 62; Fesevur 2005, p. 176; Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-1* 2006, nr. 159, 331 en 338; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 240; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 416.
- 20 Een vergelijkbare opsomming geven Fesevur 2005, p. 175-176; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 153; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 419.

die de aanname rechtvaardigen dat hij aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan.²¹ Anders gezegd, de feitelijke macht van de vervreemder legitimeert hooguit dat een verkrijger zijn goede trouw niet verder hoeft te bewijzen.

Struycken probeert de ‘aan de feitelijke macht ontleende rechtsschijn’ als grondslag voor derdenbescherming overeind te houden: op enig moment wordt feitelijke macht aan de verkrijger verschafte en ‘op dat moment van aflevering ontstaat dus op basis van de uitoefening van de feitelijke macht de schijn dat de verkoper als eigenaar beschikkingsbevoegd is over de afgeleverde zaak,’²² zelfs bij verzending via een externe koerier. Dit legitimeert de *verkoper* nauwelijks, want het pakje hoeft niet van hem afkomstig te zijn: men denke aan gevallen van betaling door een derde (art. 6:30 lid 1 BW), wat bij internetaankopen niet ongebruikelijk is.²³ Feitelijke aflevering via de brievenbus of het postkantoor ‘legitimeert’ slechts degene die (desnoods via een houder) de voorafgaande macht had. Soms is dat de bekende verkoper en soms een onbekende derde. Hiermee is dus niet meer gezegd, dan dat voor derdenbescherming een voltooide levering door een willekeurige machthebber nodig is (art. 3:86 lid 1 jo. 3:90 lid 1 BW).

Als de waargenomen macht van de vervreemder als grondslag voor derdenbescherming eenmaal is verlaten, zodat ook de verkrijger die niets heeft waargenomen te goeder trouw *kan* zijn, dan kan men met wat goede wil de internetkoop van de *Verzamelde gedichten* best onder artikel 3:86 lid 3 sub a BW brengen. Het lid vermeldt immers niet dat de zaak fysiek, van hand tot hand, binnen de bedrijfsruimte moet zijn verkregen, maar slechts dat de vervreemder een bepaalde hoedanigheid moet hebben, en wel die van een professionele handelaar in soortgelijke zaken vanuit een bedrijfsruimte.²⁴ Deze juridische techniek kan echter niet baten wanneer een fysieke winkel geheel ontbreekt, zoals het geval is bij internetreuzen als Amazon, Bol of Zalando. Dergelijke bedrijven opereren wel vanuit een bedrijfsruimte, vaak een megaloods op een afgelegen industrieterrein, maar maken aldaar niet hun bedrijf van het verhandelen aan het publiek. De bedrijfsruimte is niet ‘daartoe bestemd’, in de woorden van artikel 3:86 lid 3 sub a BW. Het is echter moeilijk vol te houden dat de koper van een boek via de webwinkel van Hinderickx en Winderickx betere bescherming verdient, vanwege de toevallige aanwezigheid van een winkelpand, dan de koper van een boek bij Amazon, een bedrijf dat volgens de ‘Fortune 500’-lijst tegenwoordig groter is dan Coca-Cola of Disney.

Volgens de brancheorganisatie Thuiswinkel.org bestaan er alleen al in Nederland 45.000 webwinkels en besteden Nederlandse consumenten ieder jaar meer dan

21 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 443 (TM); Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1214 (MvA II Inv.). Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 158; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 372.

22 Struycken 2002, p. 216.

23 Fikkers 2000, p. 434; Salomons 2000, p. 904.

24 Fikkers 2000, p. 433; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 441. De parlementaire geschiedenis geeft als voorbeeld de (te beschermen) verkoop en levering van bootjes op een werf, die toch moeilijk *in* de gebouwde onroerende zaak kan plaatsvinden: Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1225 (NvW 3 Inv.).

10 miljard euro online.²⁵ Het is niet duidelijk welk aandeel de handel in gestolen goederen hierin heeft. Een percentage van 1 procent is wel genoemd.²⁶ In ieder geval signaleert de politie een sterke stijging van het aantal gevallen van heling via advertentie- en veulingsites, die ook terugkeert in de cijfers van het CBS.²⁷ Het zou een misvatting zijn om te denken dat het hier slechts particuliere aanbieders of kleine sjacheraars betreft, hoewel juist deze groep zijn helingsactiviteiten naar internet verplaatst.²⁸ Via parallelle inkoopcircuits weet gestolen waar ook de professionele, reguliere detailhandel te bereiken, die deze goederen vervolgens zowel offline als online te koop aanbiedt.²⁹ Wat betekent dit voor consumenten? Evenals in de fysieke wereld zullen zij bij onlineaankopen soms wel, en soms niet moeten vermoeden dat zij gestolen waar (kunnen) verkrijgen, zodat zij soms wel en soms niet bescherming verdienen. De aan- of afwezigheid van een winkelpand moet hiervoor niet doorslaggevend zijn, want het vertrouwen van consumenten op de juiste afwikkeling van de koop berust ook op andere factoren. Het voert in ieder geval te ver om consumenten a priori van de bescherming van artikel 3:86 lid 3 sub a BW uit te sluiten als de internetwinkelier géén ‘gebouwde onroerende zaak’ als winkelpand exploiteert.³⁰ Gelukkig is die onwenselijke uitkomst ook niet noodzakelijk. De wetsgeschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad bieden voldoende aanknopingspunten om tot een ander resultaat te komen.

3 De ‘vaste bedrijfsruimte’ en de caravan

Artikel 3:86 lid 1 BW beschermt de bezitsverkrijger van roerende zaken te goeder trouw en om baat tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. In lid 3 lijdt deze hoofdregel uitzondering als de zaak is gestolen. Dan heeft de oorspronkelijke eigenaar drie jaar de tijd om de zaak als zijn eigendom terug te eisen.³¹ Deze uitzondering werd uit het oogpunt van misdadbestrijding opgenomen in het wetsontwerp.³² Dit gebeurde in een nogal laat stadium van het wetgevingsproces,

25 Bron: <http://www.thuiswinkel.org/aantal-thuis-en-webwinkels-in-nederland>; <http://www.thuiswinkel.org/nederlandstalig/1-website/-nieuw/over-thuiswinkel.org/feiten-cijfers/thuiswinkel-markt-monitor-/thuiswinkelen/omzet-online-winkelen-in-nederland>.

26 Rovers 2007, p. 74, die echter aangeeft dat het onduidelijk is waarop deze schatting door een ‘securitymanager in de branche’ is gebaseerd.

27 Rovers 2007, p. 75. Zie ook: <http://www.rtlnieuws.nl/nieuws/binnenland/heling-steeds-vaker-opgespoord>.

28 M. Stoele, ‘Helers over de markt van gestolen goederen’, in: D. van de Mheen & P. Gruter (red.), *Helingpraktijken onder de loep. Impressies van helingcircuits in Nederland* (WODC-rapport 251), Meppel: Boom 2007, p. 122-123.

29 Rovers 2007, p. 76-77. Over de omvang hiervan valt weinig te zeggen.

30 Fikkers 2000, p. 434.

31 Zie voor een kritische bespreking van de tussentijdse eigendomspositie Zwolve 2013, p. 98-105 naar aanleiding van het arrest HR 13 juli 2012, *NJ* 2013/42, m.nt. H.J. Snijders (*Van Andel/Staat*).

32 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1222-1223 (NvW 3 Inv.). Zie ook p. 1217 (brief MvJ); p. 1219-1220 (MO II Inv.); p. 1226-1227 (VC II Inv.). De minister merkte op dat het onwaarschijnlijk is dat dieven of helers zich iets aantrekken van het bestaan of de formulering van art. 3:86 BW: ‘mijns inziens zijn de zorgen waardoor deze mensen worden gekweld van andere aard.’ Parl.

in 1985, als wisselgeld voor het vervallen van het terugkooprecht³³ dat de wetgever aanvankelijk aan de eigenaar had willen toekennen. De toenmalige minister van Justitie, Korthals Altes, kwam tegelijkertijd met een uitzondering op de uitzondering voor verkrijgers te goeder trouw ‘aan wier belangen een bijzonder gewicht toekomt’ en die daarom op de bestolen eigenaar moesten prevaleren, te weten consumenten.³⁴ Van een gestolen roerende zaak wordt de verkrijger ook binnen de driejaarstermijn onaantastbaar eigenaar, indien hij de zaak als consument heeft verkregen van een professionele verkoper die zijn normale bedrijf maakt van verhandeling aan het publiek in een daartoe bestemde bedrijfsruimte.

De minister gaf verschillende argumenten om particulieren te beschermen die een gestolen zaak kopen in de ‘normale handel’, waarbij hij dacht aan ‘een winkel of een ander bedrijf met een vaste bedrijfsruimte’.³⁵ De particulier kan zich maar moeilijk in de herkomst van de zaak verdiepen. Vanwege zijn geringe financiële draagkracht is hij vaker op tweedehandsgoederen aangewezen.³⁶ Hij zal snel te goeder trouw zijn bij aankoop in een winkel, omdat moeilijk meer zorg kan worden gevraagd dan te kopen bij een handelaar die vaker in de betreffende zaken handelt. De particulier heeft ook een groter belang bij het behouden van de zaak, omdat het eigenaarsrisico vaker is afgedekt door verzekering tegen diefstal, terwijl de verkrijger zich moeilijk kan verzekeren tegen het risico van terugvordering. Door de werking van de wegwijsplicht (art. 3:87 BW) kan de eigenaar die zijn recht verliest zich met een schadevordering wenden tot de vervreemder.³⁷ En tot slot zou de bestolene in de praktijk risico’s hebben genomen die diefstal in de hand werkten ‘zonder dat dit achteraf precies is vast te stellen.’

Opvallend genoeg ging de minister niet in op de vraag waarom een consument alleen bijzondere bescherming zou verdienen bij aankoop in een winkel. Dezelfde argumenten zijn aan te voeren om degene te beschermen die koopt op de Zwarte Markt van Beverwijk of uit de laadruimte van een bestelbus, hetgeen ongewenst is. De particulier kan zich moeilijk verdiepen in de herkomst, heeft tweede-

Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1210 (VC II Voortgang). Terechte kritiek ook bij Struycken 2002, p. 222-228; Fesevur 2005, p. 153.

33 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1208-1210 (NvW 1 Inv.). Ook het vervallen van de bescherming voor derdenverkrijgers om niet behoorde tot het wisselgeld: Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1210 (NvW 1 Inv.). Zo werd na vele omzwervingen min of meer teruggekeerd naar het Ontwerp van Meijers. Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 321-323; Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-1* 2006, nr. 327; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 403-405.

34 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1217-1218 (brief MvJ).

35 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1217-1218 (brief MvJ).

36 Vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1215 (MvA II Inv.). Salomons 2000, p. 903, nt. 14 refereert aan ‘de kille wereld van Charles Dickens’. Noch de wetgever, noch Salomons kon de explosieve groei voorzien van de handel in tweedehands roerende zaken via websites als Marktplaats. Overigens heeft de regeling van art. 3:86 BW geenszins alleen betrekking op gebruikte goederen.

37 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1224 (NvW 3 Inv.). Dit argument is allesbehalve sterk, omdat het voldoen aan de wegwijsplicht door de consument, gelet op de formulering van art. 3:87 BW, nog niet hoeft te leiden tot positieve identificatie van de voorman, laat staan tot een succesvol verhaal door de zijn recht verliezende eigenaar. Zie ook de kritiek bij Fesevur 2005, p. 157-158.

handsgoederen nodig, vertrouwt (in de woorden van de minister) de handelaar die vaker in deze goederen handelt, kan zich niet verzekeren, enzovoort. Er is dus een afgrenzingsprobleem tussen de beschermde 'normale handel' en de kennelijk abnormale handel waarbij een koper op zijn hoede behoort te zijn. Dit viel ook het PvdA-kamerlid Salomons op, want zij drong aan op uitleg van het begrip 'in een daartoe bestemde vaste bedrijfsruimte bedrijfsmatig verhandelen'.³⁸ De regeringscommissaris Wout Snijders antwoordde dat het begrip 'vaste bedrijfsruimte' losser was dan de bedrijfsruimte uit artikel 7:290 BW omdat er *geen plaatsgebondenheid* was vereist; maar een zekere mate van *continuïteit* was wel een voorwaarde. Het ging er vooral om of potentiële kopers gezien de aard van de bedrijfsruimte *mochten vertrouwen* dat daar normale handel plaatsvond waarbij zij geen gestolen waar behoeften te verwachten.³⁹

Uit deze laatste opmerking blijkt dat de reden voor bescherming niet het vertrouwen is dat consumenten stellen in bakstenen, maar het vertrouwen dat consumenten stellen in een bepaald type doorverkoper: een professionele detaillist die in een vertrouwenwekkende omgeving bestendig hetzelfde soort goederen aanbiedt.⁴⁰ Dit type verkoper opereerde in 1992 evenzeer als tegenwoordig⁴¹ vooral vanuit gebouwde onroerende zaken. Bovendien maakt Snijders' opmerking duidelijk dat het de algehele indruk is van een bedrijfsruimte, die bepaalt of een potentiële koper gestolen waar moet verwachten. Aldus beschouwd geeft artikel 3:86 lid 3 sub a BW niet alleen een regel van materieel recht – een uitzondering op de driejaarstermijn voor de terugvordering van gestolen zaken – maar legt het ook een verband met de goede trouw die wordt vereist door artikel 3:86 lid 1 BW.⁴² Bij een verkrijging onder de omstandigheden van artikel 3:86 lid 3 sub a BW heeft de consument weinig reden om te twijfelen aan de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, zodat hij haast bij voorbaat heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht (art. 3:11 BW). Let wel: niet iedere particuliere koper van een professionele detaillist is te goeder trouw, evenmin als een bakstenen winkel een spijkerharde garantie biedt tegen heling. De regel brengt slechts tot uitdrukking dat een consument in relatie tot een professionele verkoper geen bijzondere argwaan hoeft te koesteren.

Hoe raakte de 'gebouwde onroerende zaak' verzeild in artikel 3:86 lid 3 sub a BW? Dit was het gevolg van het ongelukkige gebruik van de term 'vaste bedrijfsruimte'. In de brief van de minister kwam de 'onroerende zaak' niet voor. Het begrip 'vaste bedrijfsruimte' werd echter door de Kamercommissie in verband gebracht met de 'bedrijfsruimte' uit het huurrecht, dat die term reserveert voor een (gebouwde) onroerende zaak (art. 7:290 lid 2 BW).⁴³ Snijders had het begrip daarvan willen losmaken door te benadrukken dat het 'vaste' op de bestendigheid van de verkoop

38 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1220 (MO II Inv.).

39 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1221-1222 (MO II Inv.).

40 Fikkers 2000, p. 433. De wetgever had vooral, maar niet alleen het oog op de detailhandel.

41 Met alle nadruk op e-commerce dient men in het oog te houden dat slechts 4 procent van de Nederlandse aankopen online wordt gedaan. Bron: <http://nos.nl/artikel/588026-record-10-miljard-online-verkoop.html>.

42 Struycken 2002, p. 234.

43 Vgl. Fikkers 2000, p. 435.

zag en niet op de fysieke plaats, maar bij de gedachtevorming in de Kamer zweefde toch het beeld van de (onroerende) winkel voor ogen.⁴⁴ Die term zou echter niet volstaan om alle gevallen te dekken: het garagebedrijf, de scheepswerf, de caravanhandelaar, de vaste stand in een markthal en de supermarkt werden als voorbeelden genoemd. Dan maar aanknopen bij de ‘bedrijfsruimte’ uit het huurrecht, ‘zijnde een gebouwde onroerende zaak’, zo moet zijn gedacht, al voegde de minister daar onmiddellijk aan toe dat dit begrip anders dan in het huurrecht niet moest worden ingevuld naar de contractuele bestemming die aan de ruimte was gegeven, maar naar ‘objectieve kenmerken als inrichting en duurzaamheid van het gebruik’.⁴⁵ Zo bleef de wetgever zitten met het tweeslachtige begrip ‘bedrijfsruimte’ en werd de eis voor bescherming verplaatst van de professionaliteit en bestendigheid van de handel naar de uitstraling van het fysieke gebouw waarin die handel plaatsvond.

Het wereldwijde web kwam in 1991 commercieel beschikbaar, dus wat dit betreft hoeft het niet te verbazen dat de wetgever van 1992 geen aandacht besteedde aan webwinkels. Het is wel opvallend dat de destijds niet onaanzienlijke postordersector⁴⁶ aan de aandacht van de wetgever ontsnapte, temeer daar sommige postorderbedrijven er ook een fysieke winkel op nahielden. De boekenclub ECI is een voorbeeld. Dit is een indicatie dat de wetgever vooral de bestendigheid en traceerbaarheid voor ogen had, die geboden zou worden door een vast verkooppunt. Dat dit argument inmiddels is afgezwakt, wordt wel bewezen door de opkomst van ‘pop-up stores’ of ‘guerilla stores’ die zeer kortdurend, en daarom exclusief, vanuit een minimale inrichting hun waren verkopen. Een afgeleefd en lichtelijk dubieus ‘industriële’ uiterlijk wordt hier ingezet als marketingstrategie; maar juist door de kracht van de betreffende merken zal een consument hier evenmin op gestolen waar bedacht zijn.

Een sterk argument om artikel 3:86 lid 3 sub a BW ook toe te passen op webwinkels is te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad, die meer de nadruk legt op de strekking van de bepaling dan op haar letterlijke formulering. Zo deed de consumentkoper van een gestolen caravan een beroep op derdenbescherming hoewel hij deze caravan niet had gekocht in een gebouwde onroerende zaak, maar in een (andere) mobiele caravan op een bedrijfsterrein.⁴⁷ In cassatie werd met een beroep op de letterlijke wetstekst geklaagd over het oordeel van het hof dat artikel 3:86 lid 3 sub a BW van toepassing was. Dat argument vond geen gehoor bij de Hoge Raad, gelet op de strekking van het artikel. Waar het om gaat, aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, is dat er sprake is van verkoop op een locatie waar een particulier in beginsel geen gestolen zaken *hoeft te verwachten*. Die locatie is niet beperkt tot winkels of zelfs maar tot ‘gebouwde onroerende

44 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1224-1225 (NvW 3 Inv.): ‘een bedrijfsruimte zoals een winkel. (...) een winkel of vergelijkbare bedrijfsruimte (...) bij de onderhavige omschrijving [is] vooral aan winkels gedacht.’ Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 441.

45 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1224 (NvW 3 Inv.).

46 Salomons 2000, p. 907.

47 HR 14 november 1997, NJ 1998/147 (*Uitslag/Wolterink*).

zaken'. Het kostte de Hoge Raad aldus geen moeite om over de letterlijke wetstekst heen te stappen.

Artikel 3:86 lid 3 BW beoogt een onderscheid te maken tussen enerzijds eendags-handel, bijvoorbeeld handel op een straatmarkt of in een café, en anderzijds handel op een locatie die een zekere mate van continuïteit impliceert zodat de verkoper is terug te vinden.⁴⁸ Zo bezien is de eis van de gebouwde onroerende zaak ongelukkig in het artikellid terecht gekomen. Het zwaartepunt ligt bij de vraag of het gaat om 'voor dergelijke zaken normale handel'.⁴⁹ De bepaling heeft dus een ruimere strekking dan de letterlijke tekst doet vermoeden. Een geobjectiveerde subjectieve regel (behoeft een consumentkoper geen gestolen zaken te verwachten?) is, mogelijk om redenen van rechtszekerheid, in de wet neergelegd in een objectieve regel, te weten of sprake is van een consument die de zaak koopt van een vervreemder die zijn bedrijf maakt van het verhandelen van soortgelijke zaken aan het publiek in een daartoe bestemde, gebouwde onroerende bedrijfsruimte. Maar uiteindelijk staat blijkens de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak de geobjectiveerde subjectieve regel voorop: het criterium moet bezien worden 'in het licht van de vraag of potentiële kopers er mede in verband met de aard van de bedrijfsruimte op mogen vertrouwen dat het hier om normale handel in de betreffende zaken gaat, waarbij men geen gestolen zaken hoeft te verwachten.'⁵⁰ Bij internetaankopen hoeft de schijnbare eis van een gebouwde onroerende zaak dus niet in de weg te staan aan een geslaagd beroep op artikel 3:86 lid 3 sub a BW. De vraag rijst vervolgens hoe de omstandigheid dat de koop via internet wordt gesloten het criterium van 'mogen vertrouwen op normale handel' beïnvloedt.

4 De toetsing van goede trouw en van het vertrouwen in normale handel

In het voorgaande is gesteld dat artikel 3:86 lid 3 BW een uitzondering vormt op artikel 3:86 lid 1 BW.⁵¹ Dit brengt mee dat de driejaarstermijn van terugvordering slechts relevant is wanneer is voldaan aan de eisen van het eerste lid van artikel 3:86 BW. Jegens een verkrijger te kwader trouw, die geen beroep kan doen op derdenbescherming, loopt immers de reguliere termijn van bevrijdende verjaring. Om de vraag naar terugvordering te kunnen stellen, moet dus reeds sprake zijn van een verkrijging te goeder trouw (en om baat) van een beschikkingsonbevoegde. Zojuist is bovendien vastgesteld dat wetgever en rechter via artikel 3:86 lid 3 sub a BW bescherming willen bieden aan de consument die heeft mogen vertrouwen dat hij de

48 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1225 (NvW 3 Inv.). Vgl. ook punt 13 van de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 14 november 1997, *NJ* 1998/147 (*Uitslag/Wolterink*).

49 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1217 (brief MvJ) en 1223 (NvW 3 Inv.). Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 165; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 441.

50 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1221 (MO II Inv.), bij monde van regeringscommissaris Snijders.

51 Dit wordt uitgedrukt door het gebruik van het woord 'niettemin' in lid 3. Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1223 (NvW 3 Inv.). Fesevur 2005, p. 155; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 163; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 374; Zwolve 2013, p. 98-100; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 436.

zaak in de normale handel heeft verkregen. Het ligt voor de hand om de twee vormen van vertrouwen te verzoenen, al was het maar omdat een consument die van een professionele winkelier heeft verkregen praktisch gezien regelmatig te goeder trouw zal zijn omtrent de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, zodat het althans voor het vinden van argumenten van weinig belang is of men bovenaan of onderaan het artikel begint te lezen.

Toch is dit niet helemaal juist. Ook de consument die een auto koopt bij een professionele garagist zal de autopapieren moeten onderzoeken.⁵² Hij krijgt weliswaar een zaak geleverd als bedoeld in het derde lid, maar is niet zonder meer te goeder trouw in de zin van het eerste lid. Omgekeerd wordt de consumentkoper niet beschermd als hij een bekende lokale slijter in het café treft en diens meegebrachte, onverhoopt gestolen fles wijn ter plekke koopt, omdat hij, hoewel te goeder trouw omtrent de beschikkingsbevoegdheid, de fles niet heeft verkregen in de ‘normale handel’.

Het verschil komt bovendien tot uitdrukking in stelplicht en bewijslast. De eiser zal zijn pretense eigendomsrecht moeten bewijzen, daarbij eventueel tegemoet gekomen door artikel 3:109 en 3:119 lid 1 BW.⁵³ Stelt de gedaagde vervolgens voldoende feiten om aannemelijk te maken dat hij zich redelijkerwijze als rechthebbende mocht beschouwen en aldus aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan (art. 3:11 BW), en slaagt hij in het bewijs van een geldige levering om baat (art. 3:86 lid 1 BW) door een voorman die hij op verzoek moet identificeren (art. 3:87 BW), dan is het aan de eiser om te bewijzen dat de gedaagde niet te goeder trouw was (art. 3:118 lid 3 BW).⁵⁴ Hij kan ook de goede trouw laten voor wat zij is en, wellicht eenvoudiger, bewijzen dat hij de zaak door diefstal heeft verloren in de afgelopen drie jaren (art. 3:86 lid 3). In dit laatste geval moet de gedaagde aan de slag om uit de omstandigheden van zijn verkrijging te bewijzen dat hij de zaak in de ‘normale handel’ heeft verkregen en daarom bescherming verdient.⁵⁵ Het bewijs van het ontbreken van goede trouw rust dus op de eiser, maar het bewijs van verkrijging via de vertrouwenwekkende ‘normale handel’ rust op de gedaagde. Dat argumenten voor of tegen het ene vaak ook voor of tegen het andere zullen pleiten, doet hier niet aan af.

Er zijn dus twee verschillende vragen van belang: wanneer is de koper te goeder trouw ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid (par. 5); en wanneer verkrijgt de koper in de ‘normale handel’ zodat hij met gestolen waar en terugvordering geen rekening hoeft te houden (par. 6). Dit is bij een mondelinge overeenkomst niet anders dan bij een koopovereenkomst die per brief, per telefoon of online wordt gesloten. Bij de koop op afstand doet zich echter een bijzonder probleem voor zodat het dienstig lijkt eerst daaraan aandacht te besteden, te weten dat de koper de zaak

52 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1225 (NvW 3 Inv.).

53 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I* 2006, nr. 179; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 440.

54 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 443 (TM); Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1214 (MvA II Inv.). Nieuwenhuis 1986, p. 794-795; Fesevur 2005, p. 180; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 153 en 158; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 372; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 420.

55 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 441.

vaak voor het eerst ziet op het moment van de levering of zelfs nog later. Iemand komt thuis en treft op zijn deurmat een stevig dichtgeplakt pakje aan. Na het uitpakken merkt hij dat het bestelde tweedehands exemplaar van de *Verzamelde Gedichten* een eigendomsstempel bevat van de lokale universiteitsbibliotheek, en hij beseft dat deze bibliotheek slechts boeken afdankt door plaatsing van het hier ontbrekende stempel 'afgeschreven'. Of hij opent het pakje en zet de bestelde tweedehands laptop aan om vervolgens te zien dat de vorige, nog ingelogde gebruiker een e-mail naar de politie heeft gestuurd over de diefstal van zijn laptop.

De goede trouw van de verkrijger omtrent de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder wordt getoetst op het moment van levering.⁵⁶ De ratio hiervan ligt niet zozeer in de representatie van de verkoper als eigenaar⁵⁷ (nogmaals, men denke aan betaling door derden), maar in het gegeven dat levering het naar verkeersopvatting meetbare moment van bezitsverlies en bezitsverkrijging is, en daarmee van het verlies en de verkrijging van eigendomspretenties. Na levering oefent de verkrijger de macht uit die de vervreemder eerder toekwam. Nu wil dit niet zeggen dat de goede trouw van de verkrijger alleen wordt beïnvloed door de omstandigheden ten tijde van de levering, hoewel die zeker een rol kunnen spelen. Het gehele traject van de voorfase van de totstandkoming van de titel tot aan de voltooiing van de levering is daarvoor van belang. Het wil slechts zeggen dat de machtsovergang een objectief in de tijd vast te stellen eindpunt vormt, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt: de bezitter te goeder trouw wordt onweerlegbaar geacht dit te blijven (art. 3:118 lid 2 BW) en de beschermde verkrijger te goeder trouw is onmiddellijk eigenaar.

Het lijkt problematisch om het toetsingsmoment van goede trouw bij onlineaankopen te leggen bij het moment van levering. Vaak zal de levering geschieden doordat een poststuk in de brievenbus of aan de deur wordt bezorgd.⁵⁸ Op dat moment is de levering naar verkeersopvatting voltooid (art. 3:108 BW) omdat de vervreemder iedere macht over de zaak heeft verloren terwijl de verkrijger in staat is gesteld om diezelfde macht uit te oefenen (art. 3:114 BW).⁵⁹ Weliswaar bevindt de zaak zich nog in de verpakking, maar als men aanneemt dat de levering reeds is geschied, dan doen de bevindingen van de koper op het moment dat hij de zaak inspecteert er niet meer toe.⁶⁰ Hij is al bezitter en wellicht zelfs eigenaar. Er is wel gesuggereerd

56 Voorheen werd wel het (deels slechts semantisch verschillende) moment van verkrijging genoemd naast de levering. Zie voor een equivalent gebruik bijv. HR 4 april 1986, *NJ* 1986/810, m.nt. WMK (*Apon/Bisterbosch*). Tegenwoordig opteert men algemeen voor de term levering. Struycken 2002, p. 217; Fesevur 2005, p. 179; Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I* 2006, nr. 334; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 155; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 303 en 373; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 422.

57 In die zin Struycken 2002, p. 219.

58 Gevallen waarin de koop via internet tot stand komt maar de levering van hand tot hand geschiedt, kunnen hier onbesproken blijven.

59 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I* 2006, nr. 118-120, 124 en 146; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 222, 225a, 357 en 369. Anders: Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 131-132.

60 Struycken 2002, p. 219 wil de goede trouw laten beïnvloeden door onderzoek van het afgeleverde, daarmee kennelijk de levering uitstellend tot een later moment dan de postbestelling. Als object van onderzoek noemt hij de verpakking van de zaak in materiaal van de verkoper en de ingesloten pakbon. Geen van beide lijkt echter iets te zeggen over de beschikkingsbevoegdheid

dat dit de onderzoeksplicht ten aanzien van de concrete zaak illusoir maakt, zodat die plicht uitsluitend neerkomt op onderzoek naar de reputatie van de verkoper.⁶¹ Bij nadere beschouwing is dit argument wel juist, maar niet opzienbarend. De onderzoeksplicht ziet op feiten die van belang zijn voor de vraag of de vervreemder voor beschikkingsbevoegd mag worden gehouden, waaronder feiten die kenbaar kunnen zijn door inspectie van de zaak. Als een onderzoek van de zaak voorafgaand aan de levering redelijkerwijs mogelijk is en naar redelijke verwachting nuttige informatie biedt, dan is inspectie inderdaad geboden. Maar ook offline komen regelmatig leveringen voor waarbij een koper de zaak pas na levering onder ogen krijgt, zoals dat bijvoorbeeld het geval is bij levering van zaken in een pakhuis door overhandiging van de sleutel⁶² of door middel van een *cognossement*. De omstandigheden, die bij voorafgaande inspectie van invloed zouden zijn geweest op de goede trouw, doen er niet meer toe als deze inspectie redelijkerwijs pas na de levering kan plaatsvinden. In dit soort gevallen komt de onderzoeksplicht altijd al neer op onderzoek naar de reputatie van de verkoper.⁶³ Het verschil is wel dat de offline-uitzondering – levering van ongeziene zaken – bij de internetkoop regel is. Problematisch is dat echter zelden, want inspectie van de zaak kan nauwelijks een positieve uitslag geven over de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper, in tegenstelling tot onderzoek van de eigendomsbewijzen bijvoorbeeld, en slechts incidenteel een negatieve uitslag, in de zin dat de zaak zelf een ander dan de verkoper als haar eigenaar aanwijst. Een negatieve uitslag kan vanwege de regels omtrent derdenbescherming bovendien nooit zekerheid geven over de eigendomspositie. Als de verkrijger de leveringsvorm daadwerkelijk zelf heeft mogen bepalen, dan valt evenwel een lans te breken om informatie aan hem toe rekenen die hij bij onderzoek van de zaak had kunnen verkrijgen, zelfs buiten de ‘goede reden tot twijfel’ van artikel 3:11 BW, want het is niet de bedoeling dat hij zijn onderzoeksplicht kan inperken via een zelfgekozen leveringsvorm die de mogelijkheid van voorafgaand onderzoek ecarteert. Bij de koop op afstand zal deze zeggenschap over de leveringsvorm echter veelal ontbreken. De levering blijft dus ook bij de koop in een webwinkel het aangewezen moment voor de toetsing van de goede trouw van de verkrijger. Het is echter de vraag of hetzelfde moet gelden voor de specifieke criteria voor consumentenbescherming bij verkrijging van gestolen zaken. In het voorgaande is betoogd dat de wettekst van artikel 3:86 lid 3 sub a BW ziet op de ‘normale handel’ en daarmee op de persoon van de vervreemder, en niet zozeer op de fysieke plaats van koop of levering. Om voor bescherming in aanmerking te komen, moet een consument de zaak verkregen hebben van een professionele vervreemder van soortgelijke zaken die handelde in de normale uitvoering van het bedrijf dat hij in zijn bedrijfsruimte voerde. Het te beschermen belang is hier het vertrouwen van de consument, die bij een dergelijke

van de vervreemder, nog afgezien van het feit dat men aanloopt tegen het probleem van Schrödingers Kat, te weten dat men eerst eigenaarsdaden moet verrichten (het geadresseerde pakje openen) om de pakbon of zelfs maar de zaak te onderzoeken.

61 Struycken 2002, p. 220.

62 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I* 2006, nr. 146.

63 Nieuwenhuis 1986, p. 793.

vervreemder niet bedacht hoeft te zijn op gestolen zaken. Dat vertrouwen komt echter niet in de levering tot uitdrukking, maar in het sluiten van de koopovereenkomst. Het zou wonderlijk zijn om de consumentkoper niet te beschermen die koopt van een handelaar in witgoed, wanneer deze zijn bedrijf ten tijde van de levering heeft omgezet in een winkel in bruingoed; of omgekeerd om de consument wel te beschermen als deze een eetkamerset bestelt bij de juwelier die vervolgens een meubelzaak opent. Nu zal het probleem zich niet vaak voordoen, maar er pleit toch veel voor om de persoon van de verkoper, en daarmee de criteria van artikel 3:86 lid 3 sub a BW, te beoordelen naar het moment van het sluiten van de koopovereenkomst en niet naar het moment van levering. Voor webwinkels betekent dit dat de staat van de winkel op het moment van bestelling doorslaggevend is voor de vraag of een consumentkoper bescherming tegen terugvordering van gestolen zaken verdient.

5 Goede trouw bij de koop via internet

Het is een dooddooener, maar het antwoord op de vraag of een verkrijger te goeder trouw is, is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het individuele geval. Eerder is een aantal *topoi* genoemd dat kan helpen om deze omstandigheden te categoriseren en te wegen. Hiervan zal de waarneembare macht van de verkoper over de zaak in het algemeen weinig gezichtspunten opleveren in een onlinecontext. In een advertentie op Marktplaats biedt een enkele afbeelding geen aanknopingspunt voor de goede trouw, een foto al iets meer, evenals een scan van de aankoopbon of de vermelding van een uniek serienummer. Een proefballonnetje uit 2012 van PvdA en VVD om aanbieders via veiling- en advertentiesites te verplichten om aankoopbewijs en serienummer te plaatsen, heeft onder meer vanwege de administratieve consequenties tot niets geleid.⁶⁴ Het niet vermelden van een serienummer door een adverteerder leidt op dit moment niet tot het ontbreken van goede trouw, al kan het aanleiding geven tot verder onderzoek. Omgekeerd zal de vermelding van een serienummer in ieder geval een onderzoeksplicht opleveren, gezien het gemak waarmee dit nummer kan worden gecontroleerd. De politie onderhoudt een vrij bekende website en een app waar men via het serienummer kan nagaan of een zaak als gestolen staat gesignaleerd, en er bestaan aparte websites van de RDW voor fietsen en auto's.⁶⁵

64 Bron: <http://www.ad.nl/ad/nl/1100/Consument/article/detail/3354927/2012/11/28/Aankoopbon-bij-advertentie-Marktplaats.dhtml>.

65 Politie: <http://www.stopheling.nl/>. Fietsen: <https://fdr.rdw.nl/>. Auto's: <https://ovi.rdw.nl>. Omdat lang niet alle bestolenen aangifte doen, of bij hun aangifte beschikken over het serienummer, als dat al bestaat, leidt een negatieve uitslag bij raadpleging niet noodzakelijk tot goede trouw. Bovendien bestaat de kans dat het op internet vermelde 'schone' serienummer niet overeenkomt met het serienummer op het product. De meeste kopers zullen hierop niet bedacht zijn. Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 153; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 419.

Struycken betoogt dat de opkomst van het internet ertoe moet leiden dat nadere eisen worden gesteld aan het gedrag van de bestolen eigenaar.⁶⁶ Hij zou publiciteitsmaatregelen moeten treffen door bijvoorbeeld op een website te melden dat zijn zaak gestolen is. Doet hij dit niet, dan zou hij zijn beroep op het terugvorderingsrecht verspelen. Die opvatting past echter niet binnen het huidige stelsel, dat uitdrukkelijk geen gewicht toekent aan het gedrag van de bestolene: niet vóór de diefstal,⁶⁷ maar ook niet nadien. De wet knoopt slechts aan bij de omstandigheid dat sprake is van een gestolen zaak. In deze visie heeft het handelen van de bestolen eigenaar wel degelijk nut, bijvoorbeeld in de vorm van een aangifte, omdat het van belang kan zijn voor een oordeel over de goede trouw van de verkrijger, maar is dit handelen niet van invloed op de toepasselijkheid van artikel 3:86 lid 3 BW.

Meer in het algemeen leidt dit tot de vraag of van een potentiële koper gevergd kan worden dat hij op internet onderzoek instelt naar de herkomst van een zaak die hij wil aanschaffen. Afgezien van de genoemde ‘officiële’ websites lijkt dit minder zinvol te zijn, omdat informatie op een particuliere website al snel minder betrouwbaar of gedateerd is, of ondergesneeuwd raakt in de grote hoeveelheid webpagina’s. Informatie die relevant is voor de goede trouw en die via internet beschikbaar is, moet makkelijk vindbaar zijn voor de gemiddelde verkrijger van een dergelijk product. Het uitgangspunt van de wet is immers dat de goede trouw wordt verondersteld omdat de koper niet belast moet worden met een ingewikkeld onderzoek naar de herkomst van de zaak, dat in de weg staat aan een vlot handelsverkeer.⁶⁸

Hoewel van internetonderzoek naar de herkomst van de zaak weinig valt te verwachten, geldt dit niet voor onderzoek naar informatie die raakt aan de persoon of het gedrag van de verkoper. Met een eenvoudige zoekopdracht is doorgaans gemakkelijk informatie te vinden over de (on)betrouwbaarheid van een aanbieder. Hoog genoteerde negatieve recensies of een signalering bij een consumentenprogramma kunnen aanleiding geven tot twijfel en daarmee tot een plicht tot nader onderzoek. Bepaalde contactgegevens kunnen op een website van de politie worden vergeleken met die van bekende internetoplichters.⁶⁹ Weliswaar betreft dergelijke informatie vaker de nakoming van de leveringsplicht (geen of gebrekkige waar) dan de plicht tot eigendomsoverdracht, maar de onbetrouwbaarheid van de verkoper op ander vlak beïnvloedt ook het vertrouwen dat mag worden gesteld in diens beschikkingsbevoegdheid. Opnieuw moet worden benadrukt dat met positieve recensies nog niet de goede trouw van de koper is vastgesteld. Het zal steeds gaan om een afweging van alle relevante factoren in hun onderlinge verband, of anders gezegd om het totale plaatje. Daarbij moet de verkrijger volgens vaste rechtspraak steeds zoveel onderzoek verrichten als ‘in de gegeven omstandigheden van hem kan worden

66 Struycken 2002, p. 229-233.

67 Struycken 2002, p. 230; Fesevur 2005, p. 155-156; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 163; Snijders/Rank-Berenschot 2012, nr. 374; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013, nr. 436.

68 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 322 (TM). Vgl. Nieuwenhuis 1986, p. 793.

69 Landelijk Meldpunt Internetoplichting: <https://www.mijnpolitie.nl/b/miocheck2.html>.

verlangd.⁷⁰ Met de ruime beschikbaarheid van draadloos en mobiel internet ligt het in de rede dat de verkrijger regelmatig een (beknopt) digitaal onderzoek moet doen, zeker als er tijd zit tussen aanbod en aanvaarding of tussen koop en levering. Dat geldt temeer als de koop online tot stand komt en de verkrijger dus toch al de beschikking heeft over een internetaansluiting. Wie in een webwinkel koopt en niet in een winkelpand, moet ook het bijbehorende type onderzoek verrichten.⁷¹

In deze benadering is het accent bij de bepaling van de goede trouw verschoven naar de reputatie van de vervreemder. De heerschappij van de internetverkoper over de zaak is zelden waarneembaar en speelt dus een geringere rol. Dit is eigen aan de handel via internet. Het gaat meer om de vraag of de verkoper in het algemeen betrouwbaar is, dan of deze verkoper ten aanzien van een concrete zaak beschikingsbevoegd is. Dit oogt misschien als een radicale herinterpretatie, maar dat is het in wezen niet. Wie van de spreekwoordelijke junk een fiets koopt, is niet te goeder trouw omdat hij, gelet op de reputatie van junks, moet twijfelen aan diens beschikingsbevoegdheid.

Uiteraard verschilt de onderzoeksplicht al naar gelang het type website (een webwinkel of een verkoper via een advertentiesite) en het type product (nieuw, gebruikt, diefstalgevoelig of niet). Daarbij komen nog de meer klassieke aanknopingspunten zoals de prijs en de andere bepalingen van het contract: de internetkoper van een laptop is niet snel te goeder trouw wanneer de particuliere verkoper ‘voor het gemak’ wil afspreken op een parkeerplaats langs de A4.

In hoeverre mag de koper afgaan op informatie van derden? Als de website onder een erkend keurmerk⁷² opereert dan zal hij er in beginsel op vertrouwen dat de verlenende instantie toezicht houdt op de betrouwbaarheid van de aangesloten verkoper. Die betrouwbaarheid, nogmaals, ziet op de gebleken correcte afwikkeling van koopovereenkomsten inclusief de eigendomsoverdracht door een beschikkingsbevoegde: de consument kan en mag een keurmerk ‘veilig thuiswinkelen’ opvatten als een signaal dat hij geen revindicatie behoeft te vrezen. Weliswaar is een internetkeurmerk gemakkelijk na te maken, maar van de verlenende instantie mag dan weer worden verwacht dat zij inbreuken opspoort en bestraft.⁷³ Het voert te ver om

70 HR 4 april 1986, *NJ* 1986/810, m.nt. WMK (*Apon/Bisterbosch*), r.o. 3.

71 Salomons 2000, p. 903; Struycken 2002, p. 233.

72 Onder de digitale keurmerken die specifiek betrekking hebben op internetkoop vallen onder meer BBBOnLine, Digikeur, EBtrust, KeurOnline, Koophits, L@belsite, mkbOK, Qshops, Square Trade, Thuiswinkel Keurmerk, Thuiswinkel Waarborg, Trusted Shops, TrustUK, Web-Assured, Web Shop Keurmerk en WebTrust. Er bestaat een stevige onderlinge concurrentie tussen de keurmerken (zo is het keurmerk Web Trader sinds 2001 ter ziele) en er zijn zelfs keurmerken voor keurmerken. Fraaist van al is het Betrouwbaarmedium-keurmerk, dat aangeeft dat er ‘professioneel en integer gewerkt wordt door helderzienden op een bellijn’. Zie ook H.A.J. de Jong & G.C.J. Erents, ‘Online overeenkomstenrecht 2009-2011’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2011, 6, p. 170.

73 De bracheorganisatie Thuiswinkel.org lijkt dit ook te doen. In 2012 werd aan 44 aangesloten webwinkels het keurmerk (Thuiswinkel Waarborg) ontnomen. Bron: <http://nos.nl/artikel/490987-crisis-treft-webwinkels-niet.html>.

van een koper te vragen dat hij zelf het rechtmatige gebruik controleert. Opnieuw wil dit niet zeggen dat de afwezigheid van een (prijzig!) keurmerk kwade trouw meebrengt, of dat de enkele aanwezigheid van een keurmerk per definitie leidt tot goede trouw; maar wel geeft het keurmerk een eerste vermoeden van betrouwbaarheid. In mindere mate geldt ditzelfde voor de algehele digitale omgeving. Een webwinkelier die gebruikmaakt van een HTTPS-verbinding voor bestellingen geeft aan dat hij de privacy van zijn klanten ietwat serieus neemt.⁷⁴ De mogelijkheid van betaling via iDEAL impliceert dat de webwinkel heeft gecontracteerd met een bank, of vaker met zogeheten PSP's die op hun beurt weer onder toezicht staan van de nationale toezichthouder. Het Nederlandse topleveldomein (.nl) is goedkoop, maar niettemin duurder dan het gratis domein van de eilandstaat Tokelau (.tk). Geen van deze factoren is doorslaggevend, maar tezamen genomen versterken zij een indruk van professionaliteit, welke indruk op zijn beurt weer het vermoeden van beschikingsbevoegdheid kan wekken omdat bonafide professionele vervreemders er in de regel voor zorgen dat zij ten tijde van de levering beschikkingsbevoegd zijn over de goederen die zij te koop aanbieden.

De professionaliteit van de verkoper speelt een belangrijke rol bij de vraag of sprake is van 'normale handel', zodat ook de bescherming tegen de terugvordering van gestolen zaken hier in beeld komt. Zij bepaalt echter mede de goede trouw van artikel 3:86 lid 1 BW zodat een zekere doublure onvermijdelijk is. Bij professionele verkopers verwachten niet alleen consumenten dat zij geen gestolen zaken verkrijgen, maar verwachten ook verkrijgers in het algemeen dat zij met een eigenaar te maken hebben. Op internet komt de professionaliteit – naast de al genoemde factoren – onder meer tot uitdrukking in de bekendheid en omvang van de webwinkel, en ontegenzeggelijk ook in de kwaliteit en vormgeving van de website. Kleren maken nu eenmaal de man. Een zekere professionaliteit gaat ook uit van de naleving van wettelijke plichten zoals de plicht tot vermelding van identiteit, vestigingsadres en een KvK-nummer en btw-nummer op de website (art. 3:15d lid 1 BW).⁷⁵ Men kan ook denken aan duidelijke prijsaanduidingen (art. 3:15d lid 2 BW), aan informatieverschaffing voorafgaand aan de totstandkoming van de koop (art. 6:227b lid 1 en 7:46c lid 1 BW), en aan downloadbare individuele of algemene voorwaarden (art. 6:227b lid 2 en 6:234 lid 2 BW). De indruk lijkt echter gewettigd dat kopers eerder afgaan op de bordkartonnen façade van de website dan op de achterliggende juridische aftimmering. Offline is dat niet anders. In de winkelstraat controleert niemand het (wat dit betreft onvolledige) handelsregister om te zien of de kassajuffrouw wel vertegenwoordigingsbevoegdheid is verleend, hoe gemakkelijk dat met mobiel internet ook zou kunnen. Wellicht komt er een moment dat van online-kopers moet worden verwacht dat zij deze gegevens nagaan en bij een negatief

74 De beschouwingen van Fikkers 2000, p. 436 over de heilzame effecten van versleuteling via een Trusted Third Party (TTP) doen wat gedateerd aan, zeker na de deconfiture van DigiNotar (2011) en de NSA-schandalen (2013). Het is bovendien niet helemaal duidelijk hoe encryptie via een TTP relevant is voor de goede trouw van de verkrijger.

75 Omdat de koopovereenkomst elektronisch wordt gesloten, biedt een webwinkel steeds een 'dienst van de informatiemaatschappij' aan: HvJ EU 2 december 2010, C-108/09 (*Ker Optika*), r.o. 23-26.

signaal twijfelen aan de betrouwbaarheid van de verkoper, zodat nader onderzoek naar de beschikkingsbevoegdheid is geboden, maar voorlopig lijkt dat weinig realistisch.⁷⁶

In het bijzonder bij veiling- en advertentiesites moet de betrouwbare uitstraling van de website niet worden verward met de betrouwbaarheid van de verkoper. Bij dergelijke websites speelt de reputatie van de tussenpersoon wel mee in de koopbeslissing, vanwege de aanwezigheid van klachtmechanismen of de mogelijkheid van escrow-betalingen. De koper weet echter heel goed dat hij zijn koopovereenkomst sluit met een individuele aanbieder en niet met de dienstverlener, en empirisch onderzoek wijst uit dat deze factor van veel grotere invloed is op de koopbeslissing.⁷⁷ De koper stelt zijn vertrouwen niet in Marktplaats, maar in een specifieke verkoper. Uiteindelijk is de goede trouw slechts relevant ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van deze aanbieder, en wel wetende dat veiling- en advertentiesites regelmatig gebruikt worden voor de handel in gestolen goederen, zal goede trouw zeker bij diefstalgevoelige zaken lang niet altijd aanwezig zijn.

Uit artikel 3:86 BW blijkt het niet direct, maar de verkrijger te goeder trouw en om baat wordt bovendien slechts beschermd als hij in staat is om onverwijd de gegevens te verschaffen die hij nodig mocht achten om zijn voorman terug te vinden (art. 3:87 BW). Deze wegwijsplicht geldt gedurende drie jaar na de verkrijging. Salomons wijst erop dat deze plicht bij internetaankopen tot problemen kan leiden omdat webpagina's verdwijnen en de vervreemder zelden een uitdraai zal hebben gemaakt van de adresgegevens.⁷⁸ Inmiddels is hierin voor de koop op afstand grotendeels voorzien.⁷⁹ Ten laatste bij de levering moet de vervreemder op een 'duurzame gegevensdrager' onder meer gegevens over zijn identiteit, adres en bezoekadres verstrekken alsmede over de belangrijkste kenmerken van de zaak (art. 7:46c lid 2 BW). Of dit nu de vorm neemt van een bevestigingse-mail, een factuur of een pakbon, de consumentkoper mag deze gegevens zonder meer toereikend achten om te voldoen aan zijn wegwijsplicht. Het is alleen zaak om het materiaal te bewaren, maar dat is niet anders voor de traditionele koper en diens befaamde schoenendoos met bonnetjes. Anders is er altijd nog de website van de verkoper die, als het goed is, diens identiteit en adres vermeldt, of in het geval van particuliere aanbieders zoveel gegevens als de koper eerder ook ter beschikking stonden. Het internet is geduldig en het heeft een nagenoeg eindeloos geheugen. Mocht de bewuste pagina zijn gewijzigd of zijn verdwenen, dan kan via archive.org de historische inhoud van vrijwel iedere webpagina worden opgevraagd.⁸⁰ Het is al met al nooit gemakkelijker geweest om te voldoen aan de wegwijsplicht. Dit betekent wel

76 Anders: Fikkers 2002, p. 436.

77 T. Verhagen, S. Meents & Y.H. Tan, *Perceived risk and trust associated with purchasing at electronic marketplaces*, Amsterdam: VU Amsterdam 2006, p. 9-10 en 23.

78 Salomons 2000, p. 904.

79 Struycken 2002, p. 233 nt. 53.

80 Zie <http://archive.org/web/web.php>.

dat de eis van onverwijld verschaffing van relevante gegevens die artikel 3:87 stelt, tamelijk strikt mag worden geïnterpreteerd. Verschaffing van enkel het e-mailadres van de verkoper zal in dit kader onvoldoende zijn.

6 De ‘normale handel’ via internet

Na het voorgaande kan de toepassing van de eisen van artikel 3:86 lid 3 sub a BW op de koop in een webwinkel betrekkelijk kort worden besproken. Eerder is immers vastgesteld dat het criterium van verhandeling vanuit een bedrijfsruimte ‘zijnde een gebouwde onroerende zaak’ geen echte betekenis heeft. Verder is al vermeld dat de gepercipieerde professionaliteit van een webwinkel ten dele de goede trouw van de verkrijger bepaalt, terwijl het diezelfde professionaliteit is die het wezen van de te beschermen ‘normale handel’ uitmaakt. De eigenlijke toets in het kader van lid 3 is of de consumentkoper bij de verkrijging van een professionele verkoper al dan niet gestolen zaken behoefde te verwachten. De concrete invulling daarvan verdient nog behandeling: de verkoper moet gehandeld hebben als een bedrijfsmatige vervreemder die van de verhandeling van soortgelijke zaken zijn bedrijf maakt, waarbij de webwinkel als zijn bedrijfsruimte is te beschouwen.

Het bedrijfsmatige karakter van de handel is een objectief gegeven dat eenvoudig is vast te stellen. Een bedrijfsmatige vervreemder drijft een onderneming door als zodanig deel te nemen aan het economische verkeer en is daarmee verplicht tot inschrijving in het handelsregister (art. 5 Handelsregisterwet).⁸¹ Daarnaast geldt iedere webwinkelier als een aanbieder van een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ (art. 3:15d lid 3 BW) omdat het elektronisch sluiten van koopovereenkomsten volgens de rechtspraak van het Europese Hof onder die definitie valt.⁸² Dit brengt mee dat iedere webwinkelier zijn btw-nummer en KvK-nummer op de website dient te vermelden (art. 3:15d lid 1 sub c en f BW). Als die gegevens correct zijn vermeld, staat het bedrijfsmatige karakter vast. Iets lastiger wordt het wanneer een onderneming niet is ingeschreven in het handelsregister. Dat vormt weliswaar een economisch delict (art. 47 Handelsregisterwet jo. art. 1 ten vierde Wet op de economische delicten), maar dit doet niets af aan het karakter van de onderneming. Uiteindelijk is een juiste vermelding in het handelsregister of op de website dus geen constitutieve eis voor de bedrijfsmatige vervreemding, die verder met alle middelen kan worden bewezen.

Vervolgens is het de vraag hoe op internet moet worden vastgesteld of de verkoper ‘soortgelijke zaken’ aan het publiek verhandelt.⁸³ Met dit criterium heeft de wetgever

81 HR 2 april 1982, NJ 1983/429, m.nt. BW (*Stichting NCB/KvK Midden-Brabant*). Zie ook Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1003 (MvA II Inv.); Fesevur 2005, p. 158. De criteria voor de vraag of sprake is van een in te schrijven onderneming zijn grotendeels gelijk aan de criteria om te beoordelen of sprake is van een ondernemer in de zin van de Wet op de omzetbelasting 1968 (Beleidsregel van 23 juni 2008, <http://wetten.overheid.nl/BWBR0024084>).

82 HvJ EU 2 december 2010, C-108/09 (*Ker Optika*), r.o. 23-26.

83 Salomons 2000, p. 903 lijkt te veronderstellen dat het ‘soortgelijke’ ziet op de productgroep (‘relict uit een tijd waarin verkopers (...) noodgedwongen vasthielden aan specialisatie’), vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 165. Maar ook in de wereld van vóór het internet

een onderscheid willen maken tussen enerzijds de eendagshandel en anderzijds de verkoop met een zekere mate van continuïteit.⁸⁴ Als een verkoper geregeld handelt in zaken van hetzelfde of een vergelijkbaar type, is minder snel te verwachten dat deze zaken uit diefstal afkomstig zijn, dan wanneer een verkoper eenmalig een dergelijke zaak aanbiedt. Bij een webwinkel valt doorgaans eenvoudig vast te stellen of de bedrijfsmatige verkoper ‘soortgelijke zaken’ heeft verhandeld als de zaak ten aanzien waarvan een beroep op derdenbescherming wordt gedaan. Na het sluiten van de koopovereenkomst wordt de aanbieding immers veelal niet verwijderd, wat betekent dat een willekeurige koper direct na het sluiten van de overeenkomst nogmaals een vergelijkbare zaak kan bestellen. Veel websites geven daarnaast aan hoeveel zaken ze voorradig hebben. Ook voor webwinkels die een groot scala aan producten verkopen – van boeken tot scheerapparaten – levert dit vereiste geen problemen op, aangezien binnen elke categorie veelvuldig soortgelijke zaken worden aangeboden. Slechts als een webwinkel zich uitsluitend toelegt op de verkoop van boeken en maar één enkel scheerapparaat verkoopt, is niet aan het vereiste voldaan. Bij de verkoop via een advertentiesite liggen de zaken iets anders, omdat de advertentie impliciet gericht is op de verkoop van een specifieke zaak. Dan zal een rol spelen of de aanbieder soortgelijke zaken via andere advertenties te koop aanbiedt. Marktplaats geeft bijvoorbeeld de mogelijkheid om alle advertenties van dezelfde aanbieder te bekijken, zodat eenvoudig is vast te stellen dat ‘Het Sierkussen Team’ niet alleen één lila sierkussen verkoopt, maar ook meer dan duizend andere sierkussens en kussenhoezen. Veel professionele aanbieders gebruiken dergelijke advertenties bovendien als digitaal uithangbord voor hun fysieke winkel of internetwinkel. Ook bij advertentiesites zal het dus meestal geen moeilijkheden geven om de professionele handelaar – dat wil zeggen, de professioneel ogende handelaar – te onderscheiden van de incidentele aanbieder, en daarmee de verkoop met enige continuïteit van de eendagshandel.

7 Conclusie: hanteerbare derdenbescherming op internet

Bij lezing van artikel 3:86 BW wordt duidelijk dat de bepaling sterk is geënt op de traditionele verkoop van zaken vanuit een ‘klassieke’ fysieke winkel. In deze bijdrage is echter gebleken dat de bepaling veel hanteerbaarder en flexibeler is, dan zij op het eerste gezicht lijkt. Ogenschijnlijk doet zich bij aankopen via internet een probleem voor bij de toepassing van de uitzondering van lid 3 sub a. Een webwinkel voldoet immers niet aan het vereiste dat vanuit een ‘gebouwde onroerende zaak’ bedrijfsmatig soortgelijke zaken aan het publiek worden verhandeld. De strekking van de bepaling is echter om bescherming te bieden aan een consumentkoper die

verkocht een drogist medicijnen, shampoo en drop. Het ‘soortgelijke’ lijkt eerder betrekking te hebben op het gegeven dat de gekochte zaak, gezien vanuit de verkoper, een soortzaak moet zijn. Het moet de verkoper anders gezegd niet uitmaken welke individuele zaak hij uit zijn voorraad levert.

84 Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1225 (NvW 3 Inv.); conclusie A-G Strikwerda sub 14 bij HR 14 november 1997, NJ 1998/147 (*Uitslag/Wolterink*).

een gestolen zaak heeft gekocht op een plaats waar hij geen gestolen waar hoeft te verwachten. Die strekking volgt uit de parlementaire geschiedenis en wordt ook gevolgd in de rechtspraak. Zo kostte het de Hoge Raad geen moeite om lid 3 sub a toe te passen toen een gestolen caravan niet was verhandeld vanuit een gebouwde onroerende zaak. Gelet op de strekking van de regel, kan zij ook gelden voor de verkrijging na aankoop in een webwinkel. Doorslaggevend zijn slechts de redelijke verwachtingen van de consumentkoper en de vraag of sprake is van een bedrijfsmatige verhandeling van soortgelijke zaken. Die vraag moet aan de hand van andere criteria worden beantwoord op het internet, dan in geval van een koop en levering van hand tot hand in een fysieke winkel.

Aangezien lid 3 een uitzondering vormt op lid 1, dient voor een beroep op lid 3 allereerst aan de vereisten van lid 1 te zijn voldaan, hetgeen onder meer inhoudt dat de verkrijger te goeder trouw moet zijn. Ook de toets van de goede trouw op internet vraagt om een eigen invulling, vooral omdat de koper de zaak veelal niet kan inspecteren en niet kan afgaan op de feitelijke macht van de vervreemder. De onderzoeksplicht van een potentiële koper die geleverd zal krijgen door een postbestelling komt dan ook niet neer op onderzoek naar de te kopen zaak, maar op onderzoek naar de redelijkerwijs vermeende betrouwbaarheid van de verkoper, die uiteindelijk afhangt van alle omstandigheden van het geval. Zo mag van de koper enig onderzoek worden verwacht naar de achtergrond van de verkoper en speelt ook de inrichting van de digitale omgeving een rol. In het kader van lid 3 levert de strekking van de neergelegde regel – dient een consumentkoper gestolen zaken te verwachten? – eveneens een onderzoeksplicht op, die evenwel grotendeels samenvalt met het onderzoek in het kader van lid 1. Omstandigheden die voor de goede trouw van lid 1 van belang zijn, kunnen immers vereist zijn voor een beroep op de bescherming van lid 3. Een koper zal eerder te goeder trouw zijn bij een verkrijging van een professionele vervreemder, terwijl die professionaliteit kan blijken uit de bedrijfsmatige vervreemding van soortgelijke zaken. In het algemeen zullen deze vereisten weinig aanleiding tot problemen geven bij de toepassing op webwinkels. Aldus is de bepaling van artikel 3:86 BW, in het bijzonder lid 3 sub a, evenzeer te hanteren bij een aankoop in een webwinkel als bij aankoop in een fysieke winkel, zelfs al is de formulering van dit wetsartikel op het eerste gezicht toegesneden op het predigitale tijdperk.⁸⁵ Het slinkend tal van hoedendragers behoeft niet langer te klimmen en dalen naar de fysieke winkel van Hinderickx en Winderickx. Zij kunnen onbevreesd bij bona fide webwinkels hoeden bestellen zonder het huis te hoeven verlaten, daarmee de noodzaak voor een hoofddeksel minimaliserend. Beschermd zijn zij reeds afdoende.

85 Salomons 2000, p. 903.

De digitale notariële akte

M.M.G.B. van Drunen en B. Snijder-Kuipers

1 Inleiding

Het notariaat heeft op het vlak van digitalisering in de afgelopen jaren diverse stappen gezet. Voorbeelden zijn het elektronisch aanbieden van afschriften van akten aan het kadaster (art. 10b lid 1 Kadasterwet) en het recentelijk ingevoerde elektronisch aanbieden van akten ter registratie (art. 3 lid 2 Registratiewet 1970). De digitale notariële akte bestaat echter nog niet. De Wet op het notarisambt (Wna) gaat ervan uit dat de inhoud van de akte op deugdelijk materiaal (papier) wordt gesteld (art. 41 lid 2 Wna) en dat de voor de notaris verschijnende personen de akte ondertekenen (art. 43 lid 4 Wna).¹

Het is wel mogelijk een overeenkomst langs elektronische weg tot stand te laten komen. Artikel 6:227a lid 1 BW stelt hieraan de volgende voorwaarden:

1. De overeenkomst is door partijen raadpleegbaar;
2. De authenticiteit van de overeenkomst is in voldoende mate gewaarborgd;
3. Het moment van totstandkoming van de overeenkomst kan met voldoende zekerheid worden vastgesteld; en
4. De identiteit van partijen kan met voldoende zekerheid worden vastgesteld.

Artikel 6:227a lid 2 BW bepaalt dat deze regeling niet van toepassing is op overeenkomsten waarvoor de wet tussenkomst voorschrijft van de rechter, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent. De notaris valt onder laatstgenoemde categorie.

Is het slechts een kwestie van tijd tot de digitale notariële akte de papieren versie vervangt en de akte voortaan elektronisch ondertekend wordt? Heeft de praktijk behoefte aan een digitale notariële akte? In deze bijdrage analyseren wij welke notariële aandachtspunten er zijn bij het elektronisch tot stand komen van notariële akten. Daaronder verstaan wij een digitale akte die elektronisch ondertekend wordt. Wij zullen daarbij vooral aandacht besteden aan het tot stand komen van de akte zonder een fysieke ontmoeting tussen de notaris en de partijen bij de akte. Als een

1 De digitale notariële akte is geen nieuw onderwerp. Het blijft echter actueel door de vooruitgang in de informatie- en communicatietechnologie. Zie voor eerdere bijdragen bijvoorbeeld R.E. van Esch, 'Elektronische rechtshandelingen', in: H. Franken e.a., *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer* (Preadvis KNB 1996), Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 57-62, W.G. Huijgen, 'De notaris en het Elektronisch Rechtsverkeer', *WPNR* 1996, p. 638-640, Winter 2001, p. 72-75 en recentelijk G.J.C. Lekkerkerker, 'Grote stappen ver van huis? Iets over het belang van informatie- en communicatietechnologie voor het notariaat', *JBN* 2010/39.

dergelijke ontmoeting niet plaatsvindt, heeft dit belangrijke gevolgen voor twee aspecten van de uitoefening van het notariële ambt: de verplichtingen die de notaris dient te vervullen voor de naleving van (1) de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) en (2) de *Belehrungspflicht*.

Onze bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst werpen wij een blik op België, waar de digitale notariële akte naar verwachting in 2015 wordt ingevoerd (par. 2). Aansluitend gaan wij in op het cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties in het kader van de WWFT (par. 3). Vervolgens wordt de vraagstelling aan de hand van de *Belehrungspflicht* onderzocht (par. 4). Wij sluiten af met de conclusie (par. 5).

2 België

België zal naar verwachting in 2015 de digitale notariële akte invoeren. De Belgische Notariswet wordt in die zin gewijzigd dat de notariële akte zowel op papier als in ‘gedematerialiseerde’ vorm kan worden verleden. Om beter aan te sluiten bij andere vormen van digitalisering in België, zoals dematerialisering van effecten aan toonder, wordt niet gesproken van elektronische vorm. Beide verschijningsvormen van de notariële akte zijn identiek wat betreft authenticiteit, bewijswaarde en ‘uitvoerbare’ kracht. Het grootste praktische verschil is dat de elektronische akte niet op papier geprint en door de partijen en de notaris handmatig ondertekend wordt, maar dat de ondertekening langs elektronische weg verloopt.

Het Belgische notariaat gaat met een nationale databank voor notariële akten werken (Notariële Aktebank – afgekort NABAN). De Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat beheert deze Notariële Aktebank. Uitgangspunt is dat alle notariële akten in de Notariële Aktebank worden bewaard, ongeacht of deze in digitale of papieren vorm verleden zijn. Vanwege het vertrouwelijke karakter zijn (herroepingen van) testamenten en contractuele erfstellingen hiervan uitgezonderd. Testamenten kunnen niet elektronisch worden verleden. Het is de bedoeling dat alle notariële akten elektronisch voor de burgers beschikbaar komen. Burgers krijgen toegang via hun elektronische ID (DigiD) tot de akten die zij (mede) hebben ondertekend. Via internet zijn de akten dan permanent beschikbaar.

Met de introductie van de digitale notariële akte beoogt de Belgische wetgever de toegankelijkheid tot akten via de Notariële Aktebank te bevorderen.² De akte zal

2 Vgl. B. van Opstal & S. Roeland, ‘De elektronische akte in de elektronische wereld’, *JBN* 2010/38, par. 2; Melis/Waaijer 2012, p. 120-121. Wij zijn de heer Roeland erkentelijk voor het geven van een telefonische toelichting op de wetswijziging. Via <www.notaris.be/notaris/wetgeving-en-reglementen/ventosewet> (geraadpleegd 6 maart 2014) kunnen de huidige versie van de Belgische Notariswet en de voorgestelde wijzigingen geraadpleegd worden. Zie van de voorgestelde wijzigingen m.n. art. 13 ‘De notariële akte kan zowel op papier als in gedematerialiseerde vorm worden verleden.’ en art. 18 ‘Alle notariële akten die in gedematerialiseerde vorm zijn verleden, evenals een gedematerialiseerd afschrift van alle akten die op papier zijn

nog steeds in aanwezigheid van de notaris ondertekend worden. Hoewel de ondertekening elektronisch plaatsvindt, is er dus geen sprake van een akte die zonder een fysieke ontmoeting tussen de notaris en de partijen bij de akte tot stand komt. Onze opmerkingen hierna over de notariële aandachtspunten bij het cliëntenonderzoek in het kader van de WWFT (par. 3) en het vervullen van de *Belehrungspflicht* (par. 4) spelen in dat geval niet.

3 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

3.1 Inleiding

Witwassen en terrorismefinanciering vormen een omvangrijk internationaal probleem. Criminelen maken gebruik van complexe internationale netwerken om door misdaad verkregen vermogen te versluieren. Kwalitatief goede meldingen zijn vereist om snel en effectief onderzoek te doen naar de mogelijke betrokkenheid van personen bij witwassen of terrorismefinanciering. Dit betekent dat de notaris – indien er naar zijn mening sprake is van een ongebruikelijke transactie – alle relevante gegevens moet verstrekken over de betrokkenen en de ongebruikelijke transactie. Naleving van deze wetgeving krijgt serieus aandacht, zoals blijkt uit een recente ontzetting uit het ambt van een notaris die had verzuimd melding te doen van ongebruikelijke transacties. Na de tuchtrechtelijke maatregel volgde een strafrechtelijk traject dat eindigde in een voorwaardelijke boete.³

De Europese en nationale wetgever besteden veel aandacht aan het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering. De Derde EG-Richtlijn tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (Richtlijn 2005/60/EG) en de daarop gebaseerde WWFT zijn daarvan het resultaat.⁴ De huidige WWFT is per 1 januari 2013 aanzienlijk gewijzigd.⁵ De trend is dat regelgeving zodanig wordt aangescherpt, dat eerder en meer aandacht wordt verwacht van dienstverlenende instellingen in de zin van de WWFT om ongebruikelijke transacties te herkennen en te melden. Dienstverleners die onder de WWFT vallen, zijn onder meer advocaten, notarissen, belastingadviseurs, banken, verzekeraars, trustkantoren, makelaars, casino's, juweliers en autohandelaren.

verleden, worden bewaard in een daartoe bestemde Notariële Aktebank (...). Binnen de vijf dagen na het verlijden van de akte moet hetzij de gedematerialiseerde akte, hetzij het gedematerialiseerd afschrift van de akte die op papier is verleden, worden gedeponeerd en opgenomen in de Notariële Aktebank. Dit afschrift heeft dezelfde bewijswaarde als de eerste uitgifte van de minuut op papier. Deze bepaling geldt niet voor testamenten, herroeping van testament en contractuele erfstellingen.'

3 Vgl. Hof Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2317 respectievelijk Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13969. Zie ook *Toezicht* 2013/1, p. 11 (uitgave van Bureau Financieel Toezicht).

4 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 238, nr. 3.

5 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 238, nr. 3.

Medio 2013 heeft de consultatie voor een nieuwe Europese richtlijn plaatsgevonden, die naar verwachting rond 2016 zal leiden tot een vernieuwde Nederlandse WWFT.⁶ Deze nieuwe richtlijn zal de tendens van een steeds breder toepassingsbereik voortzetten. Dit heeft tot gevolg dat dienstverlenende instellingen in de zin van de WWFT zich steeds meer als verlengde arm van opsporingsinstanties moeten beschouwen.

De notaris, kandidaat-notaris en toegevoegd notaris zijn een instelling als bedoeld in de WWFT en uit dien hoofde (naast de vereisten die voortvloeien uit de Wna) verplicht cliëntenonderzoek te verrichten en ongebruikelijke transacties te melden.⁷ De WWFT is van toepassing bij vastgoedtransacties en in het ondernemingsrecht, maar niet in het personen- en familierecht (art. 1 lid 1 sub a onder 12 WWFT).

3.2 Cliëntenonderzoek

De WWFT kent twee pijlers: cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties. In deze paragraaf gaan wij in op de eerste pijler, het cliëntenonderzoek, ook wel *know your client* of *customer due diligence* genoemd. Hiertoe behoort het identificeren van de cliënt en het verifiëren van diens identiteit. Als voorbeeld nemen wij de notaris die als WWFT-instelling onder het toepassingsbereik van de WWFT valt. Niet alleen de WWFT maar ook de Wna gaat ervan uit dat een notaris de cliënt in persoon ziet, bij voorkeur bij aanvang van de dienstverlening.⁸

Het cliëntenonderzoek gaat uit van het *know your client* principe; de notaris moet weten wie zijn cliënt is. Waarom is dat belangrijk? Ten eerste moet de notaris zich ervan vergewissen dat de cliënt is wie hij zegt te zijn en optreedt in de rol die aan de notaris wordt voorgesteld. Treedt iemand voor zichzelf op of mogelijk ten behoeve van een ander? Voorkomen dient te worden dat een persoon zich voorstelt als cliënt, terwijl hij in werkelijkheid ten behoeve van een ander – de daadwerkelijke cliënt – handelt. Bijvoorbeeld om de identiteit van de daadwerkelijke cliënt te verhullen aangezien bekend is dat deze zich bezighoudt met witwassen. Daarnaast is het voor een goed advies noodzakelijk een zo volledig mogelijk beeld van de cliënt te hebben. Advisering beperkt zich niet tot het bieden van een technische oplossing voor een geïsoleerd vraagstuk, maar vraagt om een geïntegreerde aanpak waarbij alle relevante omstandigheden een rol spelen. De persoon van de cliënt en het

6 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van Richtlijn 2005/60/EG tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

7 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over de toepasselijkheid van de WWFT en de implicaties daarvan voor de notariële praktijk: B. Snijder-Kuipers, A.T.A. Tilleman & N. Roetert Steenbruggen, 'Strengere eisen door nieuwe witwaswetgeving per 1 januari 2013!', *TOP* 2013, p. 98-103; W.D. Kolkman, 'Wetswijzigingen WWFT voor het notariaat per 1 januari 2013', *JBN* 2013/33.

8 Vgl. art. 39 lid 1 en 40 lid 2 Wna.

maatschappelijk veld waarin deze opereert, zijn hierbij onder meer van belang. Dit tweede aspect is relevant in het kader van de Belehrungspflicht die de notaris heeft.⁹

Dat de wetgever uitgaat van een ontmoeting in persoon, blijkt onder meer uit de opbouw van de Derde Richtlijn en de WWFT. De WWFT kent drie soorten cliëntenonderzoek, te weten (1) gewoon onderzoek, (2) vereenvoudigd onderzoek en (3) verscherpt onderzoek. Uitgangspunt is gewoon cliëntenonderzoek (art. 3 WWFT). Het vereenvoudigd onderzoek (art. 6 WWFT) kan worden toegepast voor cliënten op wie al een vorm van overheidstoezicht van toepassing is. Te denken valt aan banken, verzekeringsmaatschappijen, beursgenoteerde instellingen en overheidsinstanties. De wetgever heeft als uitgangspunt genomen dat het niet nodig is dubbel onderzoek te doen. Daarom volstaat voor de WWFT vereenvoudigd cliëntenonderzoek. Uit dit onderzoek dient te blijken dat de cliënt een dergelijke onder toezicht staande instelling is.

De wetgever heeft een aantal categorieën cliënten aangewezen waarvoor in elk geval verscherpt onderzoek geldt (art. 8 WWFT). Dit zijn onder andere de cliënten die niet in persoon worden gezien. Die categorie is voor deze bijdrage interessant. De WWFT formuleert het belang van fysieke aanwezigheid van de cliënt in artikel 8 lid 2 WWFT als volgt:

Onverminderd het eerste lid neemt een instelling, indien een cliënt niet fysiek aanwezig is voor verificatie van diens identiteit, maatregelen om het hogere risico [onderstreept door auteurs] te compenseren. De instelling kan aan de vorige volzin voldoen indien zij:

- a. de identiteit van de cliënt verifieert aan de hand van aanvullende documenten, gegevens of informatie;*
- b. de overgelegde documenten beoordeelt op echtheid; of*
- c. waarborgt dat de eerste betaling die met de zakelijke relatie of transactie verband houdt, wordt gedaan ten gunste van of ten laste van een rekening van de cliënt bij een bank met zetel in een lidstaat of in een door Onze Minister van Financiën aangewezen staat die beschikt over een vergunning om in die lidstaat onderscheidenlijk die staat haar bedrijf te mogen uitoefenen.*

Deze bepaling brengt de WWFT in overeenstemming met de Derde Richtlijn voor wat betreft te nemen maatregelen indien de cliënt niet fysiek aanwezig is voor identificatie.¹⁰ De instelling dient in dat geval maatregelen te nemen om het hogere risico te compenseren. Een aantal van deze maatregelen wordt – niet limitatief – in artikel 8 lid 2 WWFT genoemd.¹¹

⁹ Vgl. hierna par. 4.

¹⁰ Vgl. art. 13 lid 2 Derde Richtlijn.

¹¹ Vgl. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 238, nr. 6, p. 10.

De WWFT-instelling bepaalt op basis van het eigen beleid in belangrijke mate zelf wat gedaan moet worden bij een verscherpt cliëntenonderzoek. Aanvullende informatie kan via de cliënt of via derden verkregen worden. De WWFT geeft een aantal suggesties om verder invulling te geven aan het verscherpt onderzoek.¹²

Aanvullende informatie als bedoeld in artikel 8 lid 2 sub a WWFT is bijvoorbeeld een check in het Verificatie Informatie Systeem (VIS-check), die in het notariaat gebruikelijk is om na te gaan of een identiteitsbewijs als vermist of gestolen is geregistreerd. Een ander voorbeeld is het vragen van een verklaring omtrent het gedrag (VOG). Voor het aanvragen van een dergelijke verklaring is een wettelijke basis vereist. In de praktijk zijn gemeenten – in onze optiek ten onrechte – terughoudend in het afgeven van een VOG in het kader van de WWFT. Een beoordeling op echtheid (sub b) wordt veelal verricht door een ingezetene van het land waaruit het identiteitsbewijs afkomstig is. Door de eerste betaling via een erkende, onder toezicht staande bank te laten plaatsvinden (sub c), wordt geld legaal in het betalingsverkeer gebracht.

Naast de door de WWFT genoemde wijzen van compensatie van het verhoogde witwasrisico bestaan ook de volgende mogelijkheden:

1. interviews met (voormalige) zakenpartners, toezichthouders of andere direct betrokkenen over de cliënt afnemen;
2. aanvullende vragenlijst laten invullen waarin aandacht is voor het werkzame verleden, zoals (indirecte) betrokkenheid bij eventuele faillissementen;
3. additionele risicoanalyse uitvoeren op basis van persoonlijke situatie, nationaliteit, land en/of sector waarin activiteiten plaatsvinden; en
4. onderzoek laten verrichten door een gespecialiseerd bureau.

Met uitzondering van interviews kunnen alle hiervoor genoemde mogelijkheden via de digitale weg tot stand worden gebracht. Het doel van dit onderzoek is de daadwerkelijke identiteit van de cliënt vast te stellen en het doel en de aard van de verlangde werkzaamheden te doorgronden. Indien de notaris van oordeel is dat er sprake is van een ongebruikelijke transactie, dan moet hij een dergelijke (voorgenomen) transactie melden. Het is dus uitdrukkelijk niet het primaire doel dat de notaris beoordeelt of er sprake is van een *verdachte* transactie. Dat toetsen de opsporingsinstanties.¹³

Voor verificatie van cliëntgegevens hanteert het notariaat in beginsel het hiervoor genoemde VIS-systeem. Bijna alle landen ter wereld zijn aangesloten bij dit systeem. Door het invoeren van een identiteitsbewijsnummer wordt binnen enkele seconden inzichtelijk of dit identiteitsbewijs als vermist of gestolen is geregistreerd.

12 Art. 8 lid 2 WWFT.

13 Vgl. ook par. 3.3.

Verificatie van de identiteit van een cliënt vindt dus in beginsel digitaal plaats. Het heeft de voorkeur dit proces digitaal te verrichten, aangezien dat een functionele distantie aanbrengt in het proces van verificatie. De verificatie wordt niet vertoebeld door de wijze waarop de cliënt de informatie presenteert. Digitalisering objecteert in deze zin.

Het bewaren van de identificerende gegevens vindt meestal digitaal plaats (art. 33 WWFT). Dit is niet in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens, mits niet meer of andere gegevens worden opgeslagen dan op grond van de WWFT (de wetelijke basis) vereist is.

3.3 Melden ongebruikelijke transactie

Weten wie de cliënt is, staat centraal in de WWFT. Uitgangspunt is dat cliënten in persoon worden gezien en niet uitsluitend via de digitale weg. Als een cliënt niet in persoon wordt gezien, vindt verplicht verscherpt onderzoek plaats. Als het niet mogelijk is het cliëntenonderzoek af te ronden en er indicaties aanwezig zijn dat de betreffende cliënt betrokken is bij witwassen of terrorismefinanciering, is melding van een ongebruikelijke transactie verplicht (art. 16 lid 4 WWFT). In dat geval moet de instelling ook aangegeven waarom het niet mogelijk is het onderzoek af te ronden.

Het melden van een ongebruikelijke (dus niet: verdachte) transactie vindt plaats bij de Financial Intelligence Unit (FIU-Nederland) (art. 16 lid 1 WWFT). De WWFT kent objectieve en subjectieve indicatoren. Bij objectieve indicatoren is het verplicht tot een melding over te gaan. Bij subjectieve indicatoren dient de instelling eerst te toetsen of er sprake is van een ongebruikelijke transactie.¹⁴ Artikel 16 lid 2 WWFT bepaalt welke gegevens moeten worden gemeld. Deze hebben betrekking op de identiteit van de cliënt c.q. de begunstigde(n) en bevatten een beschrijving van de ongebruikelijke transactie. Deze gegevens zijn nodig om onderzoek te doen naar de transactie. Het FIU-Nederland is bevoegd nadere gegevens op te vragen bij een meldende instelling (art. 17 WWFT).

Voor een melding van een ongebruikelijke transactie zijn elektronische formulieren ontwikkeld. De melding vindt plaats via een computerprogramma en geschiedt volledig elektronisch.¹⁵ Eenmaal opgeslagen gegevens kunnen niet meer door de WWFT-instelling worden gewijzigd, maar wel aangevuld met nieuwe informatie. Indien een melding tot gevolg heeft dat een vervolging wordt ingesteld, maakt de elektronisch gedane melding deel uit van het strafdossier van de cliënt.

14 Zie voor voorbeelden van subjectieve indicatoren het rapport van de Financial Action Task Force (FATF) van juni 2013 getiteld 'Money Laundering and Terrorist Financing Vulnerabilities of Legal Professionals' en Toezicht 2013/1, p. 13-14.

15 Vgl. art. 18 WWFT en <www.fiu-nederland.nl/content/hoe-moet-ik-melden> (geraadpleegd 6 maart 2014).

De opsporingsinstanties stellen een vervolging in als zij de ongebruikelijke transactie als verdachte transactie aanmerken.

Uit het Jaaroverzicht 2012 van het FIU-Nederland blijkt dat er in dat jaar door 123 notarissen in totaal 440 meldingen van een ongebruikelijke transactie werden gedaan. Het FIU-Nederland merkte 248 meldingen als verdacht aan.¹⁶

4 Belehrungspflicht

4.1 Inleiding

De *Belehrungspflicht* omvat een informatie- en waarschuwingsplicht en is neergelegd in artikel 43 lid 1 Wna. Op basis van dit artikel dient de notaris voor het verlijden van de akte aan de verschijnende personen mededeling te doen van de zakelijke inhoud van de akte en daarop een toelichting te geven. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor de partijen of een van hen uit de akte voortvloeien. De wetgever vindt de *Belehrungspflicht* dusdanig belangrijk, dat de notaris in het slot van de akte melding dient te maken van de mededeling van de zakelijke inhoud en de toelichting daarop (art. 43 lid 5 Wna).

Artikel 43 Wna is een uitvloeisel van het arrest *Groningse huwelijksvoorwaarden*.¹⁷ De casus die aan het arrest ten grondslag lag, betrof een in financiële moeilijkheden verkerende notaris, die onder huwelijksvoorwaarden gehuwd was. Zijn echtgenote had een sterke financiële positie. Een oplossing voor de financiële problemen van de man was het wijzigen van het huwelijksgoederenregime in een wettelijke gemeenschap van goederen. Deze wijziging kwam bij notariële akte tot stand. Vijf jaar na de wijziging strandde het huwelijk en bleek dat vrijwel het gehele vermogen van de echtgenote was aangewend om de schulden van de man te betalen. De Hoge Raad overwoog dat een notaris onder omstandigheden tot méér gehouden is dan het geven van een toelichting op de akte, verdergaande informatie dient te geven en met name dient te wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's. Naar het oordeel van de Hoge Raad had de passerend notaris zich er onvoldoende van vergewist dat de echtgenote, die juridisch een leek was, voldoende besef had van de risico's van het wijzigen van het huwelijksgoederenregime. Ten slotte bepaalde de Hoge Raad dat de notaris 'beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht'.¹⁸

In het arrest *Dicky Trading I* kleurde de Hoge Raad de verplichting van de notaris te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk

16 Het Jaaroverzicht 2012 van het FIU-Nederland is te raadplegen via <<http://www.fiu-nederland.nl/sites/www.fiu-nederland.nl/files/u3/Jaaroverzicht%20FIU-Nederland%202012%20DEF.pdf>> (geraadpleegd 11 maart 2014).

17 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989/766, m.nt. Luijten.

18 R.o. 3.3.

overwicht verder in.¹⁹ Bij dit arrest ging het om een ABC-transactie waarbij in de schakel B-C de koopprijs meer dan twee keer zo hoog was als in de transactie A-B. Daarnaast werd er door de notaris geen koopprijs aan A uitbetaald, maar slechts aan B. B, een rechtspersoon naar buitenlands recht (Limited), zou een deel van de koopsom die zij van C ontving rechtstreeks aan A betalen. B kwam die afspraak echter niet na en bood geen verhaal. De Hoge Raad bepaalde dat de notaris had dienen te informeren naar het grote prijsverschil tussen de transacties A-B en B-C. Bovendien had de notaris A moeten wijzen op het risico van een vordering op een schuldenaar als de Limited.²⁰

4.2 Belang fysieke ontmoeting tussen notaris en partijen

In de tuchtrechtspraak is benadrukt dat de *Belehrungspflicht* in beginsel vereist dat er een fysieke ontmoeting tussen de notaris en de partijen bij de akte plaatsvindt. Wij bespreken in deze paragraaf een drietal uitspraken. In het arrest *Post-ordernotaris* ging het om samenwonende militairen die gebruik konden maken van bepaalde faciliteiten als zij een notarieel samenlevingscontract aangingen.²¹ Een belangenvereniging van militairen kwam met een notaris een tarief voor een ‘beperkte samenlevingsovereenkomst’ overeen. Deze werd in het verenigingsblad aanbevolen. De vereniging nam een coördinerende rol in: zij verstreekte geïnteresseerden voorlichtingsmateriaal, de conceptakte en een volmacht. Als de militairen een ondertekende volmacht aan de vereniging terugstuurden, ging de notaris over tot het passeren van de akte. De notaris had geen enkel contact met de partijen bij de samenlevingsovereenkomst. Hij kon daardoor niet controleren of de partijen de consequenties van hun rechtshandeling overzagen. Ook was hij niet in staat te beoordelen of de ‘beperkte samenlevingsovereenkomst’ in iedere situatie de belangen van partijen voldoende regelde, of dat er bij bepaalde samenwoners maatwerk vereist was. De klacht tegen de notaris werd gegrond verklaard.

Een tweede tuchtrechtzaak waarin het passeren bij volmacht centraal staat is *KNB/Actus Notarissen*.²² Het betrof erfpachtconversies naar volle eigendom in de Gemeente Rotterdam. Erfpachters konden van de gemeente Rotterdam de ‘blote’ eigendom kopen. Door de levering werden zij volledig eigenaar. Actus Notarissen begeleidde de erfpachtconversies en bood de erfpachters twee tarieven aan: (1) een tarief waarbij de erfpachter op het kantoor van de notaris verscheen om de akte te passeren en (2) een lager tarief waarbij de erfpachter een volmacht verleende om de akte te passeren. Als de erfpachter voor het lagere tarief koos, kreeg hij de conceptakte met een korte toelichting over de gevolgen van de conversie en de volmacht toegezonden. Voor het passeren zou een medewerker van Actus Notarissen met de

19 HR 18 december 1992, *NJ* 1994/91, m.nt. Luijten.

20 R.o. 3.4.

21 Hof Amsterdam 8 januari 1998, besproken door Sasse in: ‘Hof Amsterdam d.d. 8 januari 1998, nr. 649/97’, *WPNR* 1998, p. 70-71.

22 Hof Amsterdam 22 juli 2004, *NJ* 2004/577, besproken door Waaijer in: ‘Tariefskorting indien een partij bij de akte niet in persoon verschijnt maar een volmacht afgeeft; uitbesteden van notarieel werk aan een ander kantoor (KNB/Actus notarissen)’, *WPNR* 2004, p. 687-691.

erfpachter contact opnemen, om na te gaan of deze voldoende was voorgelicht en of zijn wil overeenstemde met de inhoud van de akte. Het Hof overwoog dat de notaris bij het naleven van de *Belehrungspflicht* dient te streven naar dienstverlening van een zo hoog mogelijke kwaliteit. Het uitgangspunt is daarbij dat een partij in persoon voor de notaris verschijnt. Het passeren van de akte bij volmacht is volgens het hof toelaatbaar, mits het initiatief daartoe in beginsel van de betreffende partij uitgaat.²³ In casu was het initiatief tot het passeren van de akte bij volmacht niet van de erfpachter uitgegaan. Aannemelijk was dat de keuze om een volmacht te verlenen het rechtstreekse gevolg was van het lagere passeertarief bij volmachtverlening. Hierdoor bevorderde de notaris welbewust dat de erfpachters genoegen namen met een mindere kwaliteit van dienstverlening voor wat betreft informatieverstrekking en wilscontrole.²⁴ De klacht werd gegrond verklaard.

In een uitspraak van de Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden werd eveneens veel aandacht besteed aan het belang van een fysieke ontmoeting tussen de notaris en de partij bij de akte.²⁵ Klaagster was een alleenstaande vrouw van 81 jaar, die drie percelen grond met een agrarische bestemming had gekocht. Bij een wijziging van de bestemming zou de waarde van de grond stijgen. Of de bestemming gewijzigd zou worden, was echter onzeker. De transactie had daarmee een speculatief karakter. De akte werd bij volmacht gepasseerd. Een week voor het passeren nam de notaris met de vrouw contact op. Hij noteerde in zijn dossier: ‘Zeer heldere vrouw!! E-mail kon niet omdat ze ruzie heeft met haar computer. Ze kan het wel.’

Hoewel er geen fysieke ontmoeting tussen de notaris en de vrouw had plaatsgevonden, had de notaris de vrouw wel uitgebreid schriftelijk geïnformeerd en op risico's gewezen. In de volmachten was behalve de gehele conceptakte van levering het volgende opgenomen:

‘De inhoud van de akte is gelezen en begrepen – toelichting

Ondergetekende verklaart met de ondertekening van deze volmacht de akte te hebben gelezen en te hebben begrepen en van de notaris voldoende toelichting te hebben ontvangen om de inhoud en de strekking van de akte te begrijpen en de consequenties daarvan geheel te overzien en aanvaarden.

(...)

Het tekenen bij volmacht en de notariële voorlichting (Belehrung).

In verband met het feit dat de ondergetekende er zelf voor gekozen heeft dat hij per volmacht komt – ondanks dat de notaris de ondergetekende hiertoe nadrukkelijk ten kantore van de notaris heeft uitgenodigd – en de notaris ook de voorkeur er aan geeft van persoonlijk verschijnen bij de akte van ondergetekende – en de notaris ter zake

23 R.o. 7.4.

24 R.o. 7.5.

25 Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2013, ECLI:NL:TNOARN:2013:14.

geen mondelinge persoonlijke toelichting kan geven aan de ondergetekende bij het passeren van de akte verklaart de ondergetekende het volgende:

1. het is op initiatief van ondergetekende om zich bij de akte te laten vertegenwoordigen;
2. (...)
3. ondergetekende is door (een medewerker van) notaris (...) er van op de hoogte gesteld dat het de voorkeur van de notaris verdient om in persoon bij het passeren van de akte aanwezig te zijn, gelet op de door de notaris te verstrekken informatie en gevolgen van gemelde akte alsmede de mogelijkheid voor de ondergetekende om direct vragen te kunnen stellen;
4. ondergetekende verklaart er desondanks voor te kiezen om niet in persoon maar per volmacht de akte te ondertekenen;
(...)'

De akte van levering – waarvan de tekst in de volmacht was opgenomen – bevatte een onderdeel met het opschrift 'Notariële Belehrung'. Hierin stond onder meer het volgende:

1. Koper is bekend – en het is aan hem door de verkoper meegedeeld – dat de onderhavige levering een C-D transactie betreft, opvolgend aan een A-B levering en een B-C levering.
2. Koper is bekend – en het is aan hem door de verkoper meegedeeld – dat tussen de verschillende transacties een waardestijging zit van:
 - a. levering A-B de dato zes september 2010: tien euro (€10,00) per vierkante meter; en
 - b. levering B-C de dato mede op heden verleden: dertien euro vijftig eurocent (€13,50) per vierkante meter; en
 - c. levering C-D deze akte: drie en dertig euro twee en twintig eurocent (€33,22) per vierkante meter.
(...)
4. Koper is bekend – en het is aan hem door de verkoper meegedeeld – dat de onderhavige koop en levering niet valt onder de toezicht regeling van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM), welke regeling raadpleegbaar is via www.afm.nl.
5. Koper is bekend met – op basis van eigen onderzoek – en koper is door de notaris voldoende geïnformeerd over de gevolgen van de rechtshandeling(en), in en voortvloeiende uit deze akte en de daaraan ten grondslag liggende koopovereenkomst, ondanks dat koper (zichzelf) niet meteen kwalificeert als een professionele belegger met de nodige kennis en ervaring in vastgoed en heeft koper – voor zover van toepassing – tijdig de relevante, correcte en duidelijke informatie ontvangen om zich een oordeel te vormen over het te leveren registergoed en de daaraan verbonden kosten en risico's.
6. Koper is bekend met het huidige bestemmingsplan welke is te raadplegen bij de gemeente [X] (...).
7. Koper is bekend – en het is aan hem door de verkoper meegedeeld – dat er geen garanties zijn ten aanzien van de bestemmingsplanwijzigingen van het verkochte zodat er ook geen termijn vast te stellen is waarbinnen een bestemmingswijziging plaats zou kunnen vinden.
(...)'

De Kamer voor het notariaat overwoog dat de notaris ‘klaagster onder vier ogen [had] dienen voor te lichten over de implicaties en risico’s van de transacties die zij aanging. Daarbij had de notaris dan ook kunnen onderzoeken in hoeverre klaagster in staat was haar wil te bepalen.’²⁶ In de telefoonnotitie was opgemerkt dat klaagster een zeer heldere vrouw was. Daaruit bleek volgens de Kamer ‘niet dat de notaris klaagster op welke wijze dan ook had voorgelicht over de transacties die zij aanging en de risico’s daarvan.’ Ook oordeelde de Kamer dat de notaris zich er niet van heeft vergewist dat klaagster de transactie geheel overzag.²⁷ De klacht werd gegrond verklaard.²⁸

4.3 Aandachtspunten passeren bij volmacht

Uit de voorgaande drie tuchtrechtspraken blijkt dat er diverse notariële aandachtspunten zijn bij het tot stand komen van een akte zonder fysieke ontmoeting tussen de notaris en de partij(en) bij de akte. Alleen in een fysiek samenzijn kan de notaris zijn informerende, wilscontrolerende en zo nodig waarschuwende taak op een juiste wijze vervullen. Dit betekent echter niet dat de *Belehrungspflicht* altijd tijdens de passeerafspraak vervuld dient te worden. Indien een partij vooraf ‘belehrt’ wordt en bij wijze van service de akte later bij volmacht gepasseerd wordt, bestaat daartegen in beginsel geen bezwaar. Het creëert voor een partij de mogelijkheid de akte op een door hem voorgenomen tijdstip te laten passeren, zonder dat hij op dat moment op het notariskantoor aanwezig hoeft te zijn.

Indien de volmacht aan een medewerker van het kantoor van de passerend notaris wordt verleend, verschuift de *Belehrungspflicht* geheel naar de periode voor het ondertekenen van de akte. De kantoormedewerker heeft normaliter geen zakelijke of affectieve relatie met de volmachtgever en daardoor geen prikkel om de belangen van de volmachtgever op een zo goed mogelijke wijze te behartigen. De kantoormedewerker zal bovendien in loondienst van de notaris zijn en daardoor in een afhankelijkheidsrelatie tot hem staan. In die situatie is het van belang dat de taak van de gevolmachtigde uitsluitend het ondertekenen van een door de volmachtgever geaccordeerde akte omvat.²⁹

4.4 Belehrungspflicht bij deskundige partijen

De deskundigheid van partijen is van belang bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de notaris. In het arrest *Meijer/Thesing Vastgoed B.V.* bepaalde de Hoge Raad dat de zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die beoogd zijn met de in de akte opgenomen rechtshandelingen haar grens vindt, ‘daar waar de notaris goede grond heeft te vertrouwen dat de

26 R.o. 4.5.

27 R.o. 4.6.

28 Na afronding van deze bijdrage heeft het Hof Amsterdam op 22 april 2014 uitspraak gedaan in hoger beroep, ECLI:NL:GHAMS:2014:1407. Deze uitspraak wijkt significant af van het oordeel van de Kamer voor het notariaat.

29 Vgl. Melis/Waaijer 2012, p. 152-154.

betreffende belanghebbende zichzelf reeds op de hoogte had gesteld of dat deze tevoren reeds voldoende inzicht had in hetgeen voor die gevolgen vereist was.³⁰ De Hoge Raad bevestigde de begrenzing van de zorgplicht van de notaris in verband met de deskundigheid van partijen in het arrest *Tilburgse Hypotheekbank II*.³¹ Hij overwoog dat voor de vraag of de notaris onrechtmatig had gehandeld van invloed was 'dat de notaris van doen had met een gespecialiseerde bank onder een directie die – naar de notaris in beginsel mocht aannemen – met name op het onderhavige terrein over voldoende deskundigheid en informatie beschikte en de belangen van de bank naar beste weten behartigde, en die bovendien onder intern en extern toezicht stond.'³² Indien de notaris met deskundige partijen te maken heeft, is een fysieke ontmoeting voor een goede vervulling van de *Belehrungspflicht* niet noodzakelijk. Aan de invulling van de *Belehrung* bij deskundige partijen besteden wij nader aandacht in paragraaf 4.6.

4.5 HEMA Notarisservice

De *Belehrungspflicht* staat momenteel in de publieke belangstelling door de Notarisservice die de HEMA eind oktober 2013 introduceerde.³³ Deze service houdt kort samengevat het volgende in. Een partij die een testament wil maken of een samenlevingsovereenkomst wil aangaan, kan vanuit huis via de computer in een keuzeveld aangeven wat zijn voorkeuren zijn. Aan de hand van deze voorkeuren wordt een akte gegenereerd. Als de automatisch gegenereerde akte voor de partij akkoord is, betaalt deze het vaste tarief (thans 125 euro) en wordt een passeerafspraak met de notaris gemaakt.³⁴

Tegen deze gang van zaken is als bezwaar aangevoerd dat de *Belehrung* op een veel te laat moment geschiedt: als de conceptakte al opgesteld en de nota reeds betaald is. Op dat moment bestaat er zowel voor de notaris als de partij een drempel om wijzigingen door te voeren. De notaris zal een wijziging in beginsel alleen willen doorvoeren als hij daarvoor een extra honorarium ontvangt, terwijl de partij ervan uitgaat voor 125 euro zijn zaken te kunnen regelen. Zal de notaris tijdens zo'n passeerafspraak daadwerkelijk nagaan of de akte de bedoeling van de partij bevat, toetsen of de partij de consequenties van de voorgenomen rechtshandeling overziet en de partij waarschuwen voor eventuele aan de rechtshandeling verbonden risico's? Of zal de notaris slechts de belangrijkste passages voorlezen, vervolgens de partij vragen of deze begrijpt wat er in de akte staat, en als hij deze vraag bevestigend beantwoordt, de akte passeren?³⁵

30 HR 27 maart 1992, *NJ* 1993/188, r.o. 3.3.

31 HR 23 december 1994, *NJ* 1996/628.

32 R.o. 4.5.3.

33 De KNB is gestart met een brede discussie over hoe het notariaat zijn beroep zou moeten uitoefenen in de huidige maatschappij. Als voorlopige werktitel hanteert de KNB 'rechtszekerheid/rechtsbescherming in de informatiesamenleving'. Vgl. *Notariaat Magazine* 2014/1, p. 12-13.

34 Vgl. <www.notarisservice.hema.nl/hoe-werkt-het> (geraadpleegd 9 maart 2014).

35 Kritisch P.C. van Es, 'HEMA: Hier Eveneens Mooie Aktes', *JBN* 2013/62.

De KNB reageerde snel op het initiatief. Op 29 oktober 2013 was op de website van de KNB het volgende te lezen:

‘Volgens de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) verschijnen er vaker initiatieven zoals deze van de HEMA. Als dat leidt tot een beter inzicht van de consument in wat hij precies mag verwachten van de notaris en welke rechtszekerheid de notaris hiermee allemaal waarborgt, dan heeft de beroepsorganisatie daar geen problemen mee. Wel benadrukt de KNB dat het belangrijk is dat klanten weten wat ze tekenen en laten vastleggen in een akte. Het is een taak van de notaris om te onderzoeken of de klant zich realiseert welke juridische consequenties de regeling in de akte met zich meebrengt. Om dat te achterhalen is persoonlijk contact van de notaris vaak onontbeerlijk.’

Deze neutrale houding veranderde eveneens snel. Op 14 november 2013 verscheen het volgende bericht op www.knb.nl:

‘Het bestuur van de KNB vindt dat notarissen niet kunnen meewerken aan de notariesservice van de HEMA. Naar de mening van het bestuur is niet duidelijk of betrokken notarissen notariële wet- en regelgeving naleven. De KNB zal daarom deze zaak voorleggen aan de tuchtrechter.’

In de tussentijd (op 30 oktober 2013) stelde Tweede Kamerlid De Wit (SP) Kamervragen over de HEMA Notariesservice. De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie antwoordde op 2 december 2013 het volgende:

‘Het initiatief getuigt in mijn ogen op zichzelf van goed ondernemerschap (...). Het staat de notaris vrij om zich te profileren als modern ondernemer, maar wel binnen de geldende wet- en regelgeving, waaronder de verordeningen van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB). (...) Ik heb begrepen dat de KNB voornemens is om het initiatief ter toetsing voor te leggen aan de tuchtrechter en dat binnen de beroepsgroep een levendig debat is ontstaan over de invulling van de notariële informatie- en geheimhoudingsplicht. De uitkomst van deze discussie moet worden afgewacht, want ik vind het in eerste instantie iets van de beroepsgenoten zelf – en van de publiekrechtelijke beroepsorganisatie – om de professionele standaard te bepalen.’³⁶

Duidelijk is dat de HEMA Notariesservice prikkels geeft om de grenzen van het toelaatbare op te zoeken. Op het moment van afronden van deze bijdrage was de uitspraak van de tuchtrechter nog niet bekend.³⁷

36 Antwoorden Kamervragen over de notariesservice van de HEMA, kenmerk 446808.

37 Op 15 januari 2014 werd via ANP Pers Support een met de HEMA Notariesservice vergelijkbaar initiatief aangekondigd: NuTestament. Zie www.nutestament.nl en <www.perssupport.nl/apssite/persberichten/full/2014/01/15/Amsterdamse+start-up+lanceert+online+service+voor+testamenten+en+samenlevingscontracten> (geraadpleegd 15 januari 2014). Een ander initiatief

4.6 Behoeftte aan digitale akte?

Uit de jurisprudentie blijkt dat aan een notaris zware eisen worden gesteld voor wat betreft de *Belehrungspflicht*. Deze kan de notaris in beginsel alleen in een fysieke ontmoeting met de partijen vervullen. Indien een notaris met deskundige partijen te maken heeft, worden er minder zware eisen aan de *Belehrungspflicht* gesteld.

Heeft de praktijk behoefte aan de mogelijkheid notariële akten elektronisch (buiten aanwezigheid van de notaris) te kunnen ondertekenen? Voor de beantwoording van deze vraag maken wij onderscheid tussen de particuliere praktijk en de Zuidas-praktijk. Er zijn talloze tussenvormen en varianten die wij kortheidshalve buiten beschouwing laten. In de particuliere praktijk schatten wij dat de gemiddelde Nederlander ongeveer vijf keer in zijn leven bij de notaris komt. Bijvoorbeeld twee keer voor de overdracht van een huis en vestiging van een hypotheek, een keer om huwelijkse voorwaarden te maken en twee keer om een testament te laten maken of aanpassen. De gemiddelde Nederlander zal slechts in beperkte mate kennis van zaken hebben, zeker voor wat betreft het personen- en familierecht. In deze gevallen is *Belehrung* tijdens een fysieke ontmoeting erg belangrijk. Alleen dan kan de notaris zich ervan vergewissen of de inhoud van de akte daadwerkelijk de wil van partijen bevat en of partijen op de hoogte zijn van eventuele risico's die verbonden zijn aan de door hen voorgenomen rechtshandelingen. Voor dit soort cliënten lijkt een digitale notariële akte met elektronische ondertekening weinig toegevoegde waarde te hebben; voor hen is het belangrijk dat de notaris de akte tijdens een persoonlijk gesprek toelicht. Vervolgens kan de notaris de akte in aanwezigheid van partijen passeren. Als het voor partijen de voorkeur heeft de akte op een later moment te verlijden, dan kan de notaris hiervoor een volmacht maken, die wordt getekend aan het einde van de bespreking waarin de *Belehrung* plaatsvindt. De behoefte aan een notariële akte die via elektronische ondertekening tot stand komt, lijkt voor de particuliere praktijk dus zeer beperkt te zijn.

Wij verplaatsen ons naar de Zuidas-praktijk. Daar wordt veel gewerkt met professionele cliënten die meestal een eigen juridische afdeling hebben. *Belehrung* vindt vrijwel uitsluitend plaats door middel van e-mailcorrespondentie, telefoongesprekken en soms ook videoconferentie. Dat de akte als kantoorakte (met volmacht aan een medewerker van het notariskantoor) wordt gepasseerd, is tegenwoordig de regel; een passeerafspraak op kantoor de uitzondering. Is het aannemelijk dat deze groep cliënten behoefte heeft aan een notariële akte die via elektronische ondertekening tot stand komt? Wij verwachten dat de Zuidas-praktijk veel meer dan de particuliere praktijk bij deze mogelijkheid gebaat zou zijn.³⁸ Wij betwijfelen echter of deze behoefte groot is. Doordat de akte vrijwel standaard bij volmacht wordt gepasseerd, hoeven partijen niet bij de notaris te verschijnen. Het legaliseren van de

is doehetzelfnotaris.nl: <www.doehetzelfnotaris.nl> (geraadpleegd 6 maart 2014). Zie daarover *Notariaat Magazine* 2014/2, p. 24.

38 Vgl. Melis/Waaijer 2012, p. 124. Zie ook reeds Winter 2001 voor vennootschapsrechtelijke aanlegenheden (p. 73).

handtekeningen op de volmacht wordt vaak verzorgd door een notaris die dichtbij het betreffende bedrijf is gevestigd. Als een persoon eenmaal door de passerend notaris of een van diens kantoorgenoten is geïdentificeerd, wordt geen legalisatie meer verlangd, mits het identiteitsbewijs geldig blijft. Als het identiteitsbewijs verloopt, dient de betreffende persoon zijn nieuwe identiteitsbewijs over te leggen. Naar onze mening kan de elektronische ondertekening van de notariële akte de praktijk van het Zuidas-notariaat vergemakkelijken. Het zou voornamelijk de administratieve last van het legaliseren van handtekeningen wegnemen.

5 Conclusie

Welke notariële aandachtspunten zijn er bij het elektronisch tot stand komen van notariële akten zonder een fysieke ontmoeting tussen de notaris en de partijen bij de akte? Voor wat betreft de naleving van de WWFT is het volgende van belang. Bij het identificeren van cliënten dient met digitalisering terughoudendheid te worden betracht. In elk geval heeft het niet in persoon ontmoeten van de cliënt tot gevolg dat verscherpt cliëntenonderzoek dient te worden verricht. Het verifiëren van cliëntgegevens door middel van een VIS-check kan wel digitaal geschieden en heeft een functionele distantie. Het melden van ongebruikelijke transacties vindt geheel digitaal plaats.

Welke aandachtspunten zijn er in het kader van de *Belehrungspflicht*? Uit de tucht-rechtjurisprudentie blijkt dat de notaris in beginsel alleen in een fysieke ontmoeting met de partijen zijn informerende, wilscontrolerende en zo nodig waarschuwende taak op een juiste wijze kan vervullen. Een fysieke ontmoeting is niet vereist als de notaris met deskundige partijen te maken heeft. De deskundigheid beperkt de zorgplicht van de notaris en laat *Belehrung* via e-mailcorrespondentie en telefonisch contact toe. De digitale notariële akte biedt daardoor met name kansen voor lastenverlichting bij rechtshandelingen verricht door deskundige partijen.

Enkele opmerkingen over digitalisering, schaalvergroting en de hanteerbaarheid van het burgerlijk procesrecht

R.J.C. Flach

1 Inleiding

Twee in het oog lopende ontwikkelingen die de laatste decennia prominent bij het procederen in burgerlijke zaken spelen, zijn digitalisering en schaalvergroting. Tussen beide verschijnselen, zo zou men veronderstellen, bestaat een hecht verband. Maar is dat zo? In deze bijdrage wil ik dat onderzoeken.

Het probleem doordenkend stuiten we gelijk op de onbepaaldheid van het begrip schaalvergroting. Ik beperk me tot de schaalvergroting die de laatste tien jaar in versneld tempo in het civiele proces, de rechterlijke organisatie en de juridische beroepen heeft plaatsgevonden. Ook geef ik een beschrijving van het proces van digitalisering die, na een aarzelend begin, thans definitief lijkt door te breken met de komst van een in oktober 2013 gepubliceerd voorstel tot digitalisering van het procesrecht.¹ Beide verschijnselen worden door een beperkte, juridische (burgerlijkprocesrechtelijke), bril bekeken. Technische, (sociaal- en bedrijfs)economische, sociologische en andere sociaalwetenschappelijke aspecten blijven dus buiten beschouwing.²

2 De zaken *eDate Advertising* en *Martinez*

Het arrest dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in Grote Kamer bijeen op 25 oktober 2011 na voeging wees in de zaken *eDate Advertising tegen X* en die van vader en zoon *Martinez tegen MGN Ltd.* geeft een goed voorbeeld van de problematiek.³

Digitalisering en schaalvergroting vallen hier samen en de (on)hanteerbaarheid van het recht dwong het Hof van Justitie zijn rechtspraak bij te stellen. In beide gevallen ging het om op internet geplaatste content waarvan beweerd werd dat het de persoonlijkheidsrechten van X respectievelijk Martinez zou schenden. In beide

1 Voorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht. Op 24 oktober 2013 is het voorstel ter consultatie op www.internetconsultatie.nl geplaatst.

2 Zie voor een beschouwing over schaalgrootte in semipublieke sectoren in relatie tot marktordening en publieke belang de CPB Notitie *Schaalgrootte* 4 november 2013 van de hand van Paul de Bijl op verzoek van de Ambtelijke Commissie Vernieuwing Publieke Belangen.

3 HvJ EU 25 oktober 2011, C-509/09 (*eDate Advertising*) en HvJ EU 25 oktober 2011, C-161/10 (*Martinez/MGN*), NJ 2012/224.

gevallen werd geageerd op grond van onrechtmatige daad en was sprake van een internationaal geval. In de eerste zaak had de in Duitsland woonachtige X de in Oostenrijk gevestigde beheerder van het internetportaal waarop de gewraakte tekst over X's strafbare verleden stond voor de Duitse rechter gedagvaard. In de tweede zaak hadden vader en zoon *celebrity* Olivier Martinez de Engelse vennootschap MGN als beheerder van de internetpagina van het Engelse blad *Sunday Mirror* gedagvaard om voor de Franse rechter te verschijnen wegens publicatie van een roddel en afbeelding. De internationaliteit staat voor schaalvergroting. De digitalisering in het feit dat de beweerdelijk inbreukmakende tekst op internet stond. De te hanteren procesregel betrof de bevoegdheid zoals vervat in artikel 5 onder 3 van de EEX-Verordening 44/2001 (Brussel I).⁴

Waren de Duitse respectievelijk de Franse rechter bevoegd nu e-Date Advertising en MGN werden afgetrokken van hun door de verordening zo stevig gewaarborgde woonplaatsrechter? Gedaagden met woonplaats in EU-lidstaten worden daartegen beschermd: dat kan alleen als een van de in de artikelen 5-24 vervatte regels daartoe een grondslag biedt (art. 4). De regel die hier centraal stond was artikel 5 onder 3: een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een zaak die een verbintenis uit onrechtmatige daad betreft voor het gerecht van een andere lidstaat worden opgeroepen als het om een gerecht gaat van een land waar het 'schadebrengende feit' zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Het Hof van Justitie herinnert aan zijn beslissing in de zaak van de *Franse Kalimijnen* (1976) dat de term 'schadebrengend feit' zowel doelt op de plaats van de veroorzakende gebeurtenis als op de plaats waar de schade is ingetreden.⁵ Vervolgens herhaalt het Hof van Justitie de toepassing van die twee aanknopingscriteria op vorderingen ter vergoeding van immateriële schade die beweerdelijk is veroorzaakt door een lasterlijke perspublicatie in de zaak *Shevill* (1995).⁶ Daar ging het om een belediging door middel van een in verschillende verdragsluitende staten verspreid artikel in de pers. De in Engeland woonachtige mevrouw Shevill kon, zo besliste het Hof van Justitie, tegen de uitgever een schadevordering indienen bij de rechter van het land waar de uitgever van de beledigende publicatie gevestigd was (Frankrijk). Die rechter was bevoegd kennis te nemen van de volledige schadevergoeding. Maar mevrouw Shevill had de rechtsvordering om haar moverende redenen bij de Engelse rechter neergelegd.⁷ Was die ook bevoegd als rechter van het land waar de schade

4 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12, *Trb.* 2005, 65. De verordening is in werking getreden op 1 maart 2002. De huidige EEX-verordening zal op 10 januari 2015 vervangen worden door Verordening (EU) nr. 1215/2012. Inhoudelijk zal er voor de besliste zaken niets veranderen.

5 HvJ EG 30 november 1976, C-21/76, *NJ* 1977/494 (*Kalimijnen*).

6 HvJ EG 7 maart 1995, C-68/93, *NJ* 1996/269 (*Shevill*).

7 Zo kon zij in eigen land procederen en profiteren van het toen nog 'libelactie vriendelijke' (nog niet door de Defamation Act 2013 ingeperkte) Engelse (proces) recht. Zie over deze op 25 april 2013 in werking getreden wet onder (heel veel) andere: W. Bennet, 'New developments in the United Kingdom: the Defamation Act 2013', in: A. Bonomi & G.P. Romano (red.), *Yearbook of Private International Law. Volume XIV – 2012/2013*, München: Sellier European Law Publishers 2013, p. 173-180.

is ingetreden? Jawel, aldus het Hof van Justitie, eiser kan zijn rechtsvordering instellen in elk land waar de publicatie is verspreid en waar het slachtoffer stelt in zijn goede naam te zijn aangetast. Maar de bevoegdheid van een dergelijk *forum damnum* is beperkt, namelijk tot de schade die in de staat van het aangezochte gerecht is veroorzaakt (verder: lokale schade).

Hoe hanteerbaar is deze regel ('verspreidingscriterium') in de zaken waarin de verspreiding van de beweerdelijk inbreukmakende tekst plaatsvindt via internet? Het nut van het verspreidingscriterium is in zo'n geval beperkt, aldus het hof. De reikwijdte van de verspreiding van content via internet is in beginsel immers wereldwijd. Bovendien is het technisch niet altijd mogelijk om die verspreiding met zekerheid en betrouwbaar voor een bepaalde lidstaat in cijfers uit te drukken en dus evenmin om de uitsluitend in die lidstaat berokkende schade te evalueren. Daarom koos het Hof van Justitie voor een aangepast aanknopingspunt. Het slachtoffer van een schending van een persoonlijkheidsrecht via internet heeft de keuze om zich voor de volledige schade ook te kunnen wenden tot de gerechten van de lidstaat waar hij zijn 'centrum van zijn belangen' heeft. Daarbij moeten we, aldus het Hof van Justitie, vooral denken aan zijn gewone verblijfplaats. Maar het is ook mogelijk dat hij dat centrum van belangen in een andere lidstaat heeft, hetgeen kan blijken uit de uitoefening van een beroepsactiviteit. Vereist is dat hij een bijzonder nauwe band met die staat heeft.

Deze nieuwe bevoegdheidsregel, die in veel gevallen neer zal komen op een *forum actoris* voor het slachtoffer, wordt, ter keuze van eiser, geplaatst náást de al eerder in de *Shevill*-zaak geformuleerde, regels. Dat betekent dat de rechtsvordering inzake de volledige schadevergoeding kan worden aangebracht bij de gerechten van de lidstaat waar de uitgever van de content gevestigd is. Maar ook zal het na eDate nog steeds mogelijk zijn om de vordering in te dienen bij de gerechten van elke lidstaat op het grondgebied waarvan een op internet geplaatste content toegankelijk is of is geweest. Die enkele toegankelijkheid, zeker bij beroemdheden, is in zekere zin een verruiming ten opzichte van *Shevill*.⁸ Dit maakt in ruime mate *forum shopping* mogelijk. Weliswaar kunnen deze gerechten enkel kennisnemen van vorderingen betreffende schade die is veroorzaakt op het grondgebied van de lidstaat van het aangezochte gerecht, zodat het lijkt alsof het effect beperkt is, maar, afgezien van de dreiging en kosten die daarvan uitgaat, zal een eistoewijzend vonnis in inbreukzaken gewoonlijk gepaard gaan met een verbod tot publicatie, ook op

8 Terecht wordt daarop gewezen door J.J. Kuipers, in: *Common Market Law Review* 2012, p. 1222. J.G. Bruinsma relateert deze verruiming (*Onrechtmatige daad via internet*, Tilburg: Celsus 2012, p. 20). Stevige kritiek op de 'the e-Date Accessibility Standard' levert ook Michel Reymond. In een geharnast en goed onderbouwd pleidooi pleit deze voor een 'Targeting Test': alleen als een website op het forumland gericht is, zou bevoegdheid moeten worden aangenomen. Daarmee wordt bedoeld dat de website 'objectively capable [is] of causing a foreseeable impact in that place at the moment of the alleged harm'. Hij noemt verschillende criteria om dat vast te stellen zoals de op de website gebruikte taal, het gekozen Top Level Domain, het aantal keren dat de website vanuit het forumland bezocht is, de reputatie van de eiser in het forumland enz. (M. Reymond, 'Jurisdiction in case of personality torts committed over the internet: a proposal for a targeting test', in: A. Bonomi & G.P. Romano (red.), *Yearbook of Private International Law. Volume XIV – 2012/2013*, München: Sellier European Law Publishers 2013, p. 205-246.

internet.⁹ En de uitwerking dáárvan is wereldwijd, zelfs al is de veroordeling tot betaling van schadevergoeding beperkt tot in het land van de rechter geleden schade. Zolang het recht inzake inbreuk op persoonlijkheidsrechten niet geharmoniseerd of geüniformeerd is, betekent dit dat de rechtsopvattingen die leven in het land waarvan het nationale recht dat door de rechter krachtens het voor hem geldende conflictenrecht wordt toegepast, door een dergelijk verbod wereldwijd uitgedragen wordt. Het gaat hier om terreinen waar de gevoeligheden groot en de tenen lang zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de verhouding tussen de rechten op uitingsvrijheid en die op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Verder betekent dit dat de uitspraak van het Hof van Justitie *forum shopping*, bij dit soort acties in de vorm van *libel tourism*, niet tegengaat, eerder stimuleert.¹⁰ Internet brengt de hanteerbaarheid van het internationaal burgerlijk procesrecht in gevaar, waar dit de oplossing zoekt in de lokalisering van een geschil.¹¹

3 Schaalvergroting bij de juridische beroepen in Nederland

Niet altijd ligt het verband tussen digitalisering, schaalvergroting en hanteerbaarheid van het recht zo duidelijk. Door de wereldwijde uitwerking van internet, blijkt een bevoegdheidsregel te moeten worden bijgesteld. Schaalvergroting en digitalisering gaan hier hand in hand.

De digitalisering in de praktijk van de civiele rechtspleging bij de Nederlandse gerechten is vooral bedoeld om de gevolgen van de schaalvergroting hanteerbaar te houden en procederen te vereenvoudigen. De schaalvergroting is niet, zoals in internationale gevallen, gegeven, maar is in de afgelopen twintig jaar doelbewust, om redenen van marktwerking, efficiëntie, kwaliteit enzovoort nagestreefd of is, als autonoom proces, gewoon opgetreden.¹² De digitalisering heeft niet, zoals bij rechtsinbreukmakende teksten op internet, door zijn grote bereik gevolgen die voor al te genuanceerde procesregels tot bijstelling en vergroving nopen, maar is vooral

9 Strikt genomen zegt het Hof van Justitie niets over de bevoegdheid om een grensoverschrijdend verbod te geven. Het Bundesgerichtshof had daar wel naar gevraagd.

10 Zie behalve Kuipers (J.J. Kuipers, in: *Common Market Law Review* 2012, p. 1222) ook P.A. Nielsen, 'Libel tourism: English and EU private international law', *Journal of Private International Law* 2013, p. 270 en A.A.H. van Hoek, 'eDate advertising: de Europese oplossing voor het probleem van "libel tourism"?', *AA* 2012, p. 653.

11 Vgl. de oproep van het Comité van Ministers van Raad van Europa van 4 juli 2012 aan de lidstaten om in defamatie zaken te komen tot 'clear rules (...) and indicators for the determination of the personal and subject matter jurisdiction (...) to enhance legal predictability and certainty (...)'. (http://www.coe.int/t/cm/home_en.asp). Het Europees Parlement roept in een resolutie van 10 mei 2012 de Europese Commissie op om te komen met een '(...) proposal designed to add to the Rome II Regulation a provision to govern the law applicable to a non-contractual obligation arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation' en verder met een '(...) a proposal for the creation of a centre for the voluntary settlement of cross-border disputes arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, by way of alternative dispute resolution' (*OJEU* C 261 E/17).

12 Uiteraard is schaalvergroting niet de enige gezichtshoek van waaruit men de digitalisering in de civiele procedure kan bekijken. Gelet kan ook worden op gebruik, kosten, kwaliteit, politiek gewin, versnelling en nog heel veel meer.

bedoeld om, naast andere doeleinden, de gevolgen van schaalvergroting in toom te houden. Ook dat zou overigens als een vorm van hanteerbaarheid beschouwd kunnen worden. Dat heeft geleid tot nieuwe procesregels en tot bijstelling van bestaande.

4 Domeinmonopolie gerechtsdeurwaarders ingeperkt: toegang tot het verrichten van de door hen verleende diensten verruimd

Het domeinmonopolie van de gerechtsdeurwaarders wordt als eerste aangepakt en ingeperkt. In de hoogtij-jaren van de liberalisering 1990-2000 onderzocht de MDW-werkgroep Gerechtsdeurwaarders onder leiding van mr. I.W. Opstelten in hoeverre het – uiteraard met verbetering van de kwaliteit van de dienstverlening – mogelijk en zinvol was om concurrentie in de uitoefening van het beroep van de gerechtsdeurwaarders te bevorderen.¹³ Op 12 juni 1997 kwam de werkgroep met een rapport waarvan de hoofdlijnen door het kabinet onderschreven werden.¹⁴ Door de liberalisering van het benoemingsbeleid, loslating van de vaste tarieven voor de opdrachtgevers (niet die voor de schuldenaars – art. 434a Rv) en schrapping van de territoriale begrenzing van het gebied (arrondissementen) waarbinnen de ambtelijke werkzaamheden verricht mochten worden (art. 3 lid 1 Gerechtsdeurwaarderswet), werd de markt van dienstverlening die voorheen alleen door gerechtsdeurwaarders verricht mochten worden verruimd en de schaalvergroting bevorderd. Dit werd neergelegd in de op 15 juli 2001 in werking getreden Gerechtsdeurwaarderswet.¹⁵ De stimulering van de marktwerking in combinatie met de economische crisis heeft geleid tot een verharding en intensivering van het klimaat voor de incasso van vorderingen, zo blijkt uit verschillende rapporten en onderzoeken.¹⁶ Dat heeft geleid tot ongewenste effecten waarbij het belang van de schuldenaar in de knel komt. Zoals bijvoorbeeld dat schuldeisers van elkaar niet weten dat er al allerlei incassomaatregelen (zoals beslaglegging) genomen zijn, dat de ene schuldeiser (met name de overheid) de andere ‘opzij duwt’ omdat hij over bijzondere incassobevoegdheden beschikt, dat sommige schuldeisers (met name grote schuldeisers zoals verzelfstandigde overheidsorganen als CJIB, IBG) quantumkortingen bedingen die leiden tot verhevigde druk op de deurwaarders en incassobureaus om te ‘scoren’.

13 Wellicht ten overvloede: MDW stond voor: Marktwerking Deregulering Wetgevingskwaliteit.

14 Brief van de toenmalige minister van Justitie, W. Sorgdrager, van 26 augustus 1997, *Kamerstukken II* 1996/97, 24 036, nr. 61 en *Kamerstukken* 22 775.

15 Wet van 26 januari 2001, *Stb.* 2001, 70. De wet en de marktwerking is kritisch geëvalueerd door de Commissie evaluatie Koninklijke beroepsorganisatie van gerechtsdeurwaarders (Artikel 85 Gerechtsdeurwaarderswet) (Commissie-Van der Winkel) die in 2009 met een rapport getiteld *Noblesse Oblige* kwam. Inmiddels heeft een conceptwetsvoorstel tot Wijziging van de Gerechtsdeurwaarderswet ter consultatie op internet gestaan (www.internetconsultatie.nl).

16 *Noblesse Oblige*, Rapport van de Commissie-Van der Winkel ter evaluatie van de KBvG, op 16 maart 2009 aangeboden aan de staatssecretaris van Justitie, mevrouw mr. N. Albayrak; *Paritas Passé – debiteuren en crediteuren in de knel door ongelijke incassobevoegdheden*, Rapport opgemaakt door N. Jungman, A.J. Moerman, H.D.L.M. Schruer & I. van den Berg in opdracht van de KBvG; *In het krijt bij de overheid. Verstandig invorderen met het oog voor maatschappelijke kosten*, Rapport Nationale ombudsman, nr. 2013/003.

Schuldenaren kunnen hierdoor onder hun bestaansminimum terecht komen door een opeenstapeling van beslagleggingen en andere vormen van verhaal. De werking van de beschermende schil rond de schuldenaar die de wettelijke beslagvrije voet zou moeten vormen, blijkt in de praktijk maar al te vaak onvoldoende effectief. Het kabinet is niet bereid daar veel aan te doen, althans: van opgave van de bijzondere incassobevoegdheden voor overheidsorganen kan geen sprake zijn. Wel wordt, naast een in het vooruitzicht gestelde herziening van de beslagverboden op roerende zaken in de verouderde artikelen 447 en 448 Rv en een ‘integrale rijks-incassovisie’, naar de ICT gegrepen. In navolging van het Belgische recht zal het kabinet in overleg met de Koninklijke Beroepsorganisatie voor Gerechtsdeurwaarders werk maken van een centraal digitaal beslagregister. Vooralsnog zal de registratie beperkt zijn tot beslagleggingen en is de bedoeling dat alleen gerechtsdeurwaarders en ‘bepaalde geselecteerde instanties’ inzage hebben.¹⁷

5 Domeinmonopolie advocatuur aangetast

Met ingang van 1 september 2008 moest de verplicht voorgeschreven procesvertegenwoordiging door een procureur in de civiele zaken eraan geloven.¹⁸ Daarmee was de verplichte procesvertegenwoordiging als zodanig niet verdwenen. Door velen wordt verdedigd dat ook het procesmonopolie van de balie in civiele zaken moet verdwijnen.¹⁹ De wetgever wil tot een zodanig drastische stap vooralsnog niet overgaan, maar heeft voor de geleidelijke en indirecte weg gekozen gelet op de per 1 juli 2011 ingegaan zijnde uitbreiding van de competentiegrens voor kantonzaken.²⁰

De verplichte procesvertegenwoordiging in cassatiedagvaardingsprocedures bij de Hoge Raad laat een zelfde beeld zien. Al vanaf 1876 was in cassatie al geen sprake meer van procureurs. De beperking dat alleen advocaten die kantoor hielden in het arrondissement 's-Gravenhage advocaat bij de Hoge Raad konden zijn is per 1 juli 2012 vervallen. Niet langer is de Haagse Balie enig hofleverancier (art. 9j en

17 Brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, J. Klijnsma, en de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, F. Teeven, aan de voorzitter van de Tweede Kamer, 8 april 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 24 515, nr. 255, p. 3-5.

18 Wet van 20 maart 2008 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Advocatenwet en andere wetten in verband met het afschaffen van het procuraat in burgerlijke zaken en de invoering van elektronisch berichtenverkeer (Wet afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer) (*Stb.* 2008, 100). De wet is in werking getreden op 1 september 2008.

19 Van de velen noem ik hier: G.R. Rutgers, *De verplichte procesvertegenwoordiging* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: VUGA 1979; C.J.H. Brunner, ‘Verplichte procesvertegenwoordiging in civiele zaken’, *Adv.bl.* 1980, p. 473-478; W.H.B. den Hartog Jager, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger. De stand van zaken in 2005*, Deventer: Kluwer 2005. Zie voor een frontale aanval op het domeinmonopolie van de balie het rapport van de economen B. Baarsma & F.A. Felsö dat in opdracht van het Verbond van Verzekeraars is opgesteld (*Het proces als domein*, rapport SEO economisch onderzoek, 2005). Zie ook G. van Daal, *NJB* 2007, p. 1907-1908.

20 Wet van 19 mei 2011, *Stb.* 2011, 255 (ged.) i.w.tr. 1 juli 2011 (Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie)

art. 9k Advocatenwet).²¹ Elk van de ongeveer 17.000 advocaten in Nederland, ongeacht waar zijn kantoor is gevestigd, kan nu ‘advocaat bij de Hoge Raad’ worden. Een vorm van schaalvergroting derhalve. In werkelijkheid echter maar een heel beperkte natuurlijk, want om als advocaat bij de Hoge Raad werkzaam te kunnen zijn moet de advocaat als zodanig staan ingeschreven op het tableau en daarvoor is weer nodig dat een verklaring overgelegd is dat hij of zij voldoet aan de eisen die worden gesteld in een, door de Nederlandse Orde van Advocaten vastgestelde, verordening.²² Het gaat om eisen van vakbekwaamheid, bestaande uit eisen van scholing en praktijk, in het bijzonder het procesrecht. Het procesmonopolie zal dus in handen komen van een gespecialiseerde cassatiebalie.

Het verdwijnen van de procureur met zijn tot het arrondissement waar hij ingeschreven stond territoriaal beperkte bevoegdheid en van de binding van de ‘advocaat bij de Hoge Raad’ aan het arrondissement Den Haag, schiep ruimte om landelijk te procederen. De gedachte achter de territoriaal beperkte bevoegdheid van procureurs en cassatieadvocaten die exclusief bevoegd waren bij hun gerecht proceshandelingen te verrichten, was immers ooit dat een kleine plaatselijke club van ingewijden het beste werkte: het gerecht kende hen en zij kenden het gerecht, met inbegrip van de eigenaardige, alleen bij dat gerecht geldende, procesvoorschriften. Het terugdringen van de verplichte procesvertegenwoordiging en dus van het procesmonopolie van de advocatuur door uitbreiding van de competentiegrens van de kantonrechtspraak heeft met zich meegebracht dat ook andere beroepsgroepen bevoegd werden rechtsbijstand verlenen. Van oudsher waren dat bij de kantonrechter de gerechtsdeurwaarders. Thans kan ook gedacht worden aan vakbondsjuristen, bedrijfsjuristen, juristen in dienst bij rechtsbijstandsverzekeraars, speciaal voor bepaalde rechtsvorderingen opgerichte stichtingen, verenigingen of vennootschappen en bureaus die, zijnde geen advocaten en dus niet gebonden aan de verordeningen van de Orde, op concurrerende voorwaarden hun dienst kunnen aanbieden, bijvoorbeeld op basis van *no cure no pay* of andere resultaatgebonden beloningen. Net als in 1879 de procureurs moesten gaan concurreren met andere procesrechtsbijstandsjuristen (indertijd de advocatuur), zo moeten de advocaten dat sinds 2011 doen in procedures waarin woon-, winkel- en werkgeschillen spelen. Ook dat is een vorm van schaalvergroting.

6 Schaalvergroting bij de gerechten

Ten slotte heeft ook aan de kant van de gerechten een proces van schaalvergroting (*opschaling*) plaatsgevonden. Op 1 januari 2013 is de Wet herziening gerechtelijke kaart in werking getreden.²³ De belangrijkste wijziging is dat de rechtsgebieden van rechtbanken en gerechtshoven opnieuw zijn ingedeeld. Een historische stap, want de indeling in vijf ressorten stamde uit 1877. In dat jaar werden de elf provinciale appèlhoven teruggebracht tot een realistisch vijf. De vóór 1 januari 2013

21 Wet van 15 maart 2012, *Stb.* 2012, 116 (Wet versterking cassatierechtspraak).

22 Verordening vakbekwaamheidseisen civiele cassatieadvocatuur, *Stcrt.* 2011, 20846.

23 Wet van 12 juli 2012 (*Stb.* 2012, 313).

bestaande indeling stamde uit 1934. Het aantal arrondissementsrechtbanken werd toen teruggebracht tot negentien en het aantal kantongerechten tot 62. De economische crisistijd noopte tot drastische bezuinigingen op de overheidsfinanciën.

Per 1 januari 2013 werd het aantal rechtbanken en bijbehorende arrondisseminten teruggebracht tot tien, welk aantal met de splitsing van de Rechtbank Oost-Nederland weer opveerde naar elf. Het aantal gerechtshoven en bijbehorende ressorten verminderde tot vier. Ook het aantal zittingsplaatsen of -locaties is verminderd. In het Besluit zittingsplaatsen gerechten van 27 november 2012 (*Stb.* 2012, 601) zijn dat er 32 (voorheen 56). Ook de gerechtshoven hebben zittingsplaatsen. Het besluit noemt er 21.

In nog een ander opzicht vindt schaalvergroting bij de gerechten plaats die vergelijkbaar is met de beperking van het domeinmonopolie van de gerechtsdeurwaarders en advocatuur. Dat is de (verdere) ontwikkeling van een ‘markt’ voor conflicthanteling of geschiloplossing waar de rechter (overheid) ‘concurrert’ met commerciële geschiloplossers. Arbitrage heeft met name in commerciële en internationale zaken een grote vlucht genomen. Vanaf de jaren 1960-1970 is in Nederland de beslechting van geschillen in consumentengeschillen door Geschillencommissies veelal in de vorm van een contractueel bindend advies tot grote bloei gekomen. En ten slotte, als derde en meest recente ontwikkelingsgolf, is te wijzen op mediation. Met de in 2013 bij de Tweede Kamer ingediende initiatiefwetten van Van der Steur die voorzien in een register van gekwalificeerde mediators en de juridische inbedding van de overeenkomst tot mediation in het burgerlijke recht en de verhouding tot het civiele proces lijkt een definitieve stap gezet waarmee deze vorm van geschiloplossing kan concurreren met de overige geschiloplossingsmechanismen.²⁴ De wetgever kiest er bewust voor om het gebruik van deze wijzen van geschilbeslechting te stimuleren teneinde de overheidsrechtspraak te ontlasten.²⁵

24 Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot wijziging van Boek 3 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht). *Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, nr. 1 e.v.; Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot het stellen van regels omtrent de registratie en de bevordering van de kwaliteit van mediators (Wet registermediator), *Kamerstukken II* 2012/13, 337 22, nr. 1 e.v.

25 Onder andere wordt hier gewezen op het voorstel om procespartijen te verplichten in de dagvaarding aan te geven of door partijen is getracht door de toepassing van mediation tot een oplossing voor hun geschil te komen. Gaat het om een geschil dat van de wetgever wegens de ‘relationele dimensie’ het stempel van medieerbaarheid heeft gekregen, dan moet uitgelegd worden waarom geen mediation is geprobeerd (art. III onder B wijziging art. 111 Rv). In het op 4 juli 2013 door de Tweede Kamer aangenomen voorstel Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg worden zorgaanbieders verplicht om zich aan te sluiten bij een externe, door de minister van VWS erkende, geschilleninstantie die bij wege van bindend advies uitspraak doet en een schadevergoeding van maximaal 25.000 euro kan toekennen (*Kamerstukken I* 2012/13, 32 402, nr. E). Niet helemaal duidelijk is of hier sprake is van een verplichte voorschakeling. J.C.J. Dute en L.H.M.J. van de Laar gaan daar, m.i. ten onrechte, wel van uit (*NJB* 2014, p. 106). Een ander voorbeeld is de terugkerende verhoging van de griffierechten om, naast andere overwegingen, de toegang tot de civiele rechter te ontmoedigen. Het meest recente voorstel is dat tot Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in verband met aanpassing van griffierechten, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 757, nr. 1 e.v.

7 Gevolgen schaalvergroting: een tussenstand

In het voorgaande is het proces van schaalvergroting geschetst bij de juridische beroepsgroepen. De uitwerking daarvan op het rechtsbedrijf is groot. Ik beperk mij tot enkele gevolgen die gerelateerd kunnen worden aan de parallel lopende digitaliseringstendens. Schaalvergroting ten gevolge van de toegenomen marktwerking voor de gerechtsdeurwaarders en advocaten heeft geleid tot de toeloop van nieuwe mededingers. Bij gerechtsdeurwaarders is dat met name te voelen op de markt voor de incasso van geldvorderingen. Bij advocaten heeft de uitbreiding van het rechtsgebied tot heel Nederland geleid tot de behoefte aan uniformering van de procesvoorschriften en de mogelijkheid om digitaal te procederen. Ook de opschaling van de gerechten draagt daaraan met het oog op de toegang tot het recht bij. De groei van de grootte van de organisaties ten slotte beïnvloedt op velerlei manieren de beroepsuitoefening: professionalisering, intensivering van controle en verantwoording van besluitvormingsprocessen, toegankelijkheid voor de rechtzoekende. De meest directe verbinding tussen schaalvergroting en digitalisering ligt in de afschaffing van de procureur en de wens om binnen Nederland landelijk te kunnen procederen (en in de toekomst Europees, wellicht mondiaal).

8 Procesadvocaat of waarnemer

Het verdwijnen van de procureur met zijn territoriaal tot het arrondissement beperkte bevoegdheid betekende dat de advocaat in Maastricht die in Groningen wilde procederen niet langer een plaatselijke, in Groningen, bevoegde procureur ('correspondent') hoefde in te schakelen (en te betalen). Hij kon (en kan) het voortaan ook zelf doen. Verplicht is hij daartoe niet. Net als vroeger kan hij ook een beroep doen op een met de eigenaardige grillen van de Rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, en van de daarin zitting hebbende rechters, bekende rechtsgeleerde confrère of collega.

Compareren, getuigenverhoren bijwonen en pleiten mag (en zal) de handelend advocaat zelf blijven doen, evenals het opstellen van de dagvaarding, conclusies en aktes, het verzamelen van bewijsmateriaal en de zorg voor, en aansturing van, de executie. Voor de correspondentie met het gerecht is er echter maar één advocaat en dat is de advocaat die zich gesteld heeft. Verondersteld mag worden dat de wetgever er de voorkeur aan geeft dat van de kant van partijen het processuele zaaksbeheer en de inhoudelijke behandeling van een zaak in één hand ligt, net zoals dat straks bij de rechter het geval zal zijn in de nieuwe gedigitaliseerde basisprocedure (zie hierna).

9 Procesreglementen

De schaalvergroting die gevolg is van het feit dat advocaten uit het hele land bij elke rechtbank in het land kunnen procederen noopt ertoe dat het procederen bij alle gerechten op dezelfde manier verloopt en niemand voor verrassingen wordt

gesteld. Dat is winst. Schaalvergroting leidt tot uniformering van procesrecht en digitalisering draagt daar haar steentje aan bij. Om te bewerkstelligen dat overal in Nederland op dezelfde manier geëxecuteerd kan worden, zijn door de gerechten landelijke, uniform geldende, regelingen opgesteld die uiteindelijk de naam procesreglementen zijn gaan dragen. Zo geldt bijvoorbeeld voor dagvaardingsprocedures in eerste aanleg bij de elf rechtbanken het ‘Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken’. Voor dagvaardings- en verzoekschriftprocedures bij kantonrechters, voorzieningenrechters, appelrechters en Hoge Raad gelden allemaal verschillende procesreglementen, die weer verschillen naar gelang de aard van de procedure (dagvaarding, verzoekschrift, kort geding, hoger beroep). De reglementen worden regelmatig aangepast en zijn, zoals bekend, te vinden op www.rechtspraak.nl.

De Hoge Raad heeft in het arrest *Nieuwe Woning/Staat* (1996) beslist dat, als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, de in de procesreglementen vervatte procesregels ‘recht’ zijn in de zin van artikel 99 Wet op de Rechterlijke Organisatie.²⁶ Rechters moeten zich dus houden aan hun eigen reglementen. Doen ze dat niet, dan dreigt het gevaar dat hun beslissing in cassatie wordt vernietigd.²⁷

10 Inzet digitale middelen bij de communicatie met de gerechten

Landelijk procederen is uiteraard gediend bij de mogelijkheid om de contacten van buitenaf met de gerechten langs elektronisch weg te laten verlopen. Schaalvergroting en elektronische communicatie horen als een Siamese tweeling bij elkaar. Ook maatschappelijk, vanuit de burger, is er behoefte aan de mogelijkheid van digitaal contact.²⁸

Tegelijk met de afschaffing van de procureur is in 2008 het voormalige ‘fax-artikel’ (art. 33 Rv) zodanig aangepast dat het berichtenverkeer met de gerechten ook op andere wijze langs elektronische weg kan plaatsvinden. Verzoeken en mededelingen kunnen elektronisch worden gedaan als van deze mogelijkheid voor het desbetreffende bericht blijkt uit een voor dat gerecht vastgesteld procesreglement. De

26 HR 28 juni 1996, NJ 1997/495, m.nt. H.J. Snijders (*Nieuwe Woning/Staat*). Voor de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, verwijs ik naar het proefschrift van Teuben (vaststelling door bevoegd orgaan, behoorlijke bekendmaking, toepasbaarheid als rechtsregel jegens betrokkenen en geen strijd met hogere regeling). Zij wijst erop dat de juridische binding aan dergelijke rechtersregelingen niet alleen, zoals de Hoge Raad aanneemt, verklaard kan worden uit zelfbinding (rechterlijk beleid), maar ook via doorwerking in rechterlijke uitspraken (precedentwerking). K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

27 Zie voor een voorbeeld HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1774 waarin het gerechtshof in een bevoegdheidsincident een tijdig ingediend verzoek van verweerder om uitstel voor zes weken zonder pardon afwees en het antwoordrecht vervallen verklaarde. In incidenten geldt voor antwoord een termijn van twee weken in plaats van de gebruikelijk zes. Er kan wel uitstel worden verzocht, maar alleen om klemmende redenen. Bij het aankruisen van het desbetreffende hokje op het H-formulier was dat per ongeluk fout gegaan. De Hoge Raad achtte het zonder enige mededeling beslissen in strijd met de strekking van het procesreglement.

28 Concept-MvT voorstel vereenvoudiging en digitalisering procesrecht (2013), p. 2 met verwijzingen in noot 4 en 5.

geadresseerde moet kenbaar gemaakt hebben dat hij op deze manier wil communiceren. De keuze voor het communicatiemiddel geldt voor de duur van het geding, tenzij de geadresseerde haar intrekt of wijzigt. Omdat door het wegvallen van de plaatselijk bekende procureur ook het ons-kent-ons-karakter is weggevallen en het risico van identiteitsfraude toeneemt, is het bij langs elektronische weg procederen van groot belang dat bij de gerechten zekerheid bestaat over de vraag van wie het bericht of processtuk afkomstig is en dat er onderweg niets in is veranderd. Ook moet gewaarborgd zijn dat het bericht of processtuk niet is onderschept en door vreemde ogen is ingezien. Vandaar dat het nieuwe artikel 33 Rv een AMvB voorschrijft die door nadere regels de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid moeten waarborgen.²⁹ Ook worden in artikel 33 Rv regels gegeven die het tijdstip van elektronische verzending en ontvangst vaststellen. Een dergelijke wijziging van het procesreglement die het elektronisch indienen van processtukken mogelijk maakt, is er niet gekomen zodat tot nu toe dagvaarding, conclusies en aktes nog in schriftelijke vorm, eigenhandig ondertekend door de deurwaarder (dagvaarding) of advocaat (conclusie of akte)³⁰ per post, per koerier of in persoon ter griffie worden bezorgd. Artikel 33 Rv staat op het punt ingehaald en geschrapt te worden door de plannen om de civiele procedure te vereenvoudigen en te digitaliseren.

11 De plannen tot vereenvoudiging en digitalisering van de civiele procedure

Het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II voorziet in vereenvoudiging en digitalisering van de civiele procedure.³¹ De regering en de Raad voor de rechtspraak hebben daar handen en voeten aan gegeven met de programma's 'Kwaliteit en Innovatie rechtspraak' (KEI). Een conceptwetsvoorstel dat in het najaar van 2013 ter consultatie op internet heeft gestaan, geeft concreet gestalte aan deze voorgenomen vereenvoudiging en digitalisering in eerste aanleg.³²

29 Besluit van 3 juli 2008, houdende regels aangaande de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van het elektronisch verzenden van verzoeken en mededelingen met betrekking tot de rol met nota van toelichting (*Stb.* 2008, 275). De beschamende lotgevallen met DigiNotar en DigiD in de zomer van 2011 kunnen hier tot lering strekken.

30 Ontbreekt een handtekening en zijn er twee partijexemplaren (wat zich in appèl of cassatie kan voordoen) die qua inhoud verschillen, dan gaat het ondertekende exemplaar voor. HR 10 september 2010, *NJ* 2010/485 (*Moghadan/Shahsavani*).

31 Ook van de bestuursrechtelijke procedure. Die blijft hier verder buiten beschouwing.

32 Voorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht met memorie van toelichting. Naar verwachting zal in april een wetsvoorstel in de ministerraad worden besproken. In voorbereiding zijn voorstellen voor een invoeringswet en een AMvB waarin wordt vastgelegd welke eisen worden gesteld aan het digitaal procederen, zoals het digitale authenticatiemiddel (DigiD of e-Herkenning) waarmee toegang kan worden verkregen tot het digitale systeem van de gerechten. Verder zijn in voorbereiding (april 2014) voorstellen tot wijziging van het procesrecht in hoger beroep en cassatie. Zie daarover G. ter Huurne, 'Vereenvoudiging en digitalisering van burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht', *Ondernemingsrecht* 2014/49. Inmiddels is ook de tekst van een 'Voorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke

Voorgesteld wordt een nieuwe basisprocedure in eerste aanleg met een simpele structuur (één schriftelijke ronde, mondelinge behandeling en dan uitspraak), benoeming van regeringscommissarissen,³³ gelijkgeschakelde digitale procesinleiding in zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures (waarin zo nodig verzoek en vordering gecombineerd kunnen worden), omzetting van de verplichting voor de eisende partij om de wederpartij via de deurwaarder op de hoogte te brengen van de procesinleiding in een optie (kan dus voortaan ook informeel, bijvoorbeeld via e-mail), vastlegging in de wet van verkorte procestermijnen, vervanging pleidooi door een op de mondelinge behandeling naar voren te brengen standpunt, het creëren van een webportaal bij het gerecht waar burgers hun zaak kunnen aanbrengen, proces- en bewijsstukken kunnen indienen en hun zaak kunnen volgen (digitaal procesdossier). Digitaal procederen zal voor nagenoeg alle professionele partijen verplicht zijn.

Over de plannen voor de nieuwe gedigitaliseerde basisprocedure hierna meer. Eerst voltooi ik de stand van zaken inzake de digitalisering in het thans geldende procesrecht.

12 Elektronisch exploit doen: de toekomst

Op 1 juli 2009 is aan artikel 45 Rv een nieuw tweede lid toegevoegd dat het mogelijk maakt dat een deurwaarder ook elektronisch exploit kan doen.³⁴ Het afschrift wordt dan gelaten, niet aan de geëxploiteerde in persoon (zoals het meest wenselijk is), maar aan het elektronische adres. Van het feit dat op die en die datum naar dat en dat elektronische adres een afschrift is gestuurd, moet melding gemaakt worden in het exploit (schriftelijk, op ambtseid gedaan, verslag dat de deurwaarder van zijn handelswijze opmaakt, ook wel: proces-verbaal). Achtergrond van deze nieuwe wijze van betekenen is dat het betekenen door een deurwaarder van een exploit aan een burger weliswaar een ‘bericht’ is dat op grond van artikel 2:13 Awb ook elektronisch kan worden verzonden, maar dat zonder een uitdrukkelijke voorziening in de wet de vormvoorschriften voor betekening zoals vervat in de artikelen 46 tot en met 63 Rv aan elektronische verzending in de weg zouden hebben gestaan (art. 2:13 lid 2 onder b Awb).³⁵

Op dit moment (april 2014) is elektronisch exploit doen (vooralsnog) alleen mogelijk gemaakt in het derde lid van artikel 475 Rv. Dat ziet op het leggen van executoriaal beslag onder een derde als een bank, werkgever, pensioenverzekeraar of uitkeringsinstantie. Het is in de praktijk de meest voorkomende vorm van beslag. Het afschrift van het exploit waarmee de deurwaarder beslag onder een derde legt

Rechtsverordening in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie’ bekend geworden en ter consultatie op internet geplaatst.

33 Inmiddels is prof. mr. A. Hammerstein tot regeringscommissaris benoemd in verband met de wijziging van het WvBRv en prof. mr. M. Scheltema in verband met de wijziging van de Awb.

34 Wet van 30 oktober 2008, *Stb.* 2008, 435.

35 De deurwaarder treedt op als bestuursorgaan in de zin van de Awb als hij een ambtelijke werkzaamheid als het betekenen van een exploit (dagvaarding uitbrengen, beslag leggen, boodschappen overbrengen) uitoefent – art. 2 Gerechtsdeurwaarderswet.

op vorderingen die de geëxecuteerde heeft op deze derde of op roerende zaken van de geëxecuteerde die de derde onder zich heeft, het afschrift van de executoriale titel op grond waarvan het derdenbeslag gelegd mag worden en het formulier waarop de derde-beslagene moet aangeven wat hij aan de geëxecuteerde verschuldigd is dan wel welke zaken van de geëxecuteerde hij onder zich heeft, kunnen, aldus bepaalt de wet, ook elektronisch worden gelaten aan het elektronische adres van de derde-beslagene, mits deze derde aan een door de minister aangewezen organisatie (Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders) een elektronisch adres heeft opgegeven, waaraan kan worden betekend. Bij AMvB worden nadere regels gegeven aangaande de registratie van dergelijke elektronische adressen (leden 4 en 5). Op grond van de schakelbepaling van artikel 720 Rv is de mogelijkheid van elektronisch beslagleggen ook geopend als het gaat om conservatoir beslag, dus als de beslaglegger nog niet over een executoriale titel beschikt. Voor het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV), banken en grote werkgevers die te maken hebben met grote aantallen beslagleggingen, kan het aantrekkelijk zijn om dergelijke beslagen elektronisch af te doen.

Met deze stap is de digitalisering in de executiefase doorgedrongen (al werden beslagen op registergoederen al langer digitaal naar de openbare registers gestuurd). De volgende stap is de digitale executoriale titel.

13 Elektronisch indienen van een exploit van dagvaarding: nog even van belang

Per 1 juli 2012 is artikel 125 Rv in die zin gewijzigd dat het mogelijk is geworden dat bij algemene maatregel van bestuur bepaald kan worden in welke gevallen een exploit van dagvaarding ook elektronisch bij het gerecht kan worden *ingediend*. Met de betekening aan de gedaagde is de dagvaarding compleet en is het geding aanhangig. Het tijdig indienen ter griffie ter inschrijving op de rol is voorwaarde om niet-ontvankelijkheid te voorkomen. Achtergrond zijn de bulk-incassozaken waarbij thans nog duizenden papieren dagvaarding per post naar de griffie worden gestuurd die vervolgens handmatig, dus met alle kans op fouten, in het justitiële computersysteem moeten worden ingevoerd.³⁶ Ook dit artikel staat op het punt geschrapt te worden als de nieuwe gedigitaliseerde basisprocedure zal worden ingevoerd.

14 Roljournaal gaat verdwijnen

In dagvaardingszaken vindt de zogenoemde rolbehandeling al langs elektronische weg plaats, namelijk via het ‘Roljournaal’ op internet. Advocaten kunnen zo de stand van zaken in hun zaak bezien en nagaan welke proceshandeling moet worden verricht. Langs deze weg kunnen ook rolberichten worden uitgewisseld, zoals de verschillende (begeleidende) formulieren die volgens het toepasselijke

36 Wet van 8 maart 2012, *Stb.* 2012, 100.

procesreglement moeten worden ingediend. Zoals bijvoorbeeld formulier B-1 voor het aanbrengen van een nieuwe zaak, formulier B-2 (stelbrief) voor het stellen van een advocaat (gedaagde ‘verschijnt’), formulier B-3 voor het nemen van een conclusie of akte, Formulier B-8 voor de inzending van stukken voor een comparitie of pleidooi enzovoort. Dat gaat allemaal veranderen in de nieuwe vereenvoudigde en gedigitaliseerde basisprocedure. De rol verdwijnt, voor partijen zal het mogelijk worden om via ‘Mijn Zaak’ na te gaan wat de stand van zaken is met betrekking tot de door hen digitaal aangespannen procedure en met de gerechten is communicatie volledig langs digitale weg mogelijk. Het wordt tijd eens wat gericht naar de toekomstige regeling van de digitale zaken te kijken.

15 Digitaal procederen wordt verplicht

Als de plannen doorgaan, zal de digitale weg de hoofdweg worden. Partijen zullen worden verplicht de procedure digitaal op te starten en hun stukken digitaal in te dienen (ontwerpartikel 77b lid 1 Rv). Die verplichting wordt genuanceerd in het vierde lid: ze geldt niet voor de natuurlijke persoon die niet procedeert in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf. Wordt deze niet beroeps- of bedrijfsmatig procederende natuurlijk persoon bijgestaan of vertegenwoordigd door een derde die beroepsmatig rechtsbijstand verleent, dan geldt de verplichting weer wel. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nog andere groepen worden uitgezonderd van de verplichting om digitaal te procederen. De conceptmemorie van toelichting noemt als voorbeeld buitenlandse partijen die geen aanspraak kunnen maken op een DigiD (natuurlijk persoon) of e-Herkenning (rechtspersoon).³⁷ Voor toegang tot het webportaal van het gerecht wordt gebruik van DigiD of e-Herkenning overwogen als sleutel. Ook dat zal in een aparte algemene maatregel van bestuur geregeld worden. In de commentaren op het consultatievoorstel wordt aandacht gevraagd voor de positie van eenmanszaken en kleine rechtspersonen.

Wie vrijgesteld is, mag ervoor kiezen om op papier te procederen. De griffie verleent hand- en spandiensten als de ene partij wel en de andere partij niet digitaal procedeert door te zorgen dat de op papier procederende partij prints krijgt van de digitaal ingediende stukken en dat de op papier ingediende stukken gedigitaliseerd worden (ontwerpartikel 77b lid 5 Rv). Bij verzuim biedt de rechter eiser of verzoeker op straffe van niet-ontvankelijkheid of negeren gelegenheid tot herstel of beveelt dat de procedure voortgezet wordt op papier. Een bijzonderheid is dat, zoals in het bestuursprocesrecht al langer het geval is (art. 6:11 Awb), de mogelijkheid van een verschoonbare termijnoverschrijding in de wet wordt opgenomen. In het zevende lid is in vergelijkbare bewoordingen bepaald dat niet-ontvankelijkheid wegens het ten onrechte indienen van een verzoekschrift (nieuwe stijl) op papier of het negeren van eens stuk omdat het na afloop van een termijn is ingediend, achterwege blijft als redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest. Volgens de concepttoelichting moeten we hier denken aan een

37 Concept-MvT, p. 21.

verstoring van het digitale systeem ten gevolge van een systeemfout in het digitale portaal van de Rechtspraak. Is de fout toe te rekenen aan het digitale systeem van de professionele indiener, dan moet geen verschoonbaarheid worden aangenomen.³⁸

16 Afronding

Het wordt tijd om af te ronden. In drie opzichten is de relatie schaalvergroting en digitalisering in deze bijdrage aan de orde geweest: internationalisering, marktwerking en het toegankelijk maken van de civiele procedure. De relatie is minder eenduidig dan zij op het eerste gezicht leek. Daarvoor is sprake van te onbepaalde en te ongrijpbare verschijnselen die op alle mogelijke manieren onze manier van samenleven en denken ingrijpend beïnvloeden en bepalen. In de beslissingen in de zaken *eDate Advertising* en *Martinez* bracht de schaalvergroting door de uitbreiding van de uitwerking van uitspraken mee dat de bepaling van waar geprocedeerd mag worden omwille van de hanteerbaarheid moest worden bijgesteld. De schaalvergroting ten gevolge van de introductie van marktwerking bij de beroepsuitoefening van gerechtsdeurwaarders, bracht mee dat, om onwenselijke gevolgen voor de schuldenaar binnen de perken te houden, naar de ICT gegrepen moest worden voor registratie. De schaalvergroting die het gevolg was van de aantasting van het beroepsmonopolie van de advocatuur en wellicht ook door de opschaling van de gerechten bij de herziening van de gerechtelijke kaart, bracht mee (of liever: was aanleiding tot) een radicaal nieuwe procedure waarin digitaal procederen verplicht zal zijn. De wonderlijke, veelkleurige, werkelijkheid van civiele procedures zal omwille van de digitale hanteerbaarheid in de mal van een simpel procesmodel geperst worden. Alleen door vergaande bevoegdheden van de rechter om daarvan af te wijken, wordt bereikt dat het systeem niet al te star gaan werken. De vraag is of dat niet een (te) hoge prijs zal blijken te zijn voor het vertrouwen in onze rechtspraak.

Digitale geschilbeslechting

A.H. Santing-Wubs

1 Inleiding

Keuzestress: niet alleen bij de volle schappen in de supermarkt of in geval van de aanschaf van een nieuwe smartphone, maar mogelijk ook als het gaat om de toegang tot het recht. Een ‘pluriforme toegang tot het recht’ wordt van maatschappelijk belang geacht.¹ De justitiabele moet wat te kiezen hebben als het gaat om de vraag via welke – al dan niet alternatieve – route een geschil moet worden opgelost. En daar komt nog een extra keuzemogelijkheid bij: digitaal ‘procederen’ of niet? Op het gebied van digitale geschilbeslechting is en wordt er volop geëxperimenteerd. De mogelijkheden zullen steeds meer worden uitgebreid. Is hetgeen voor offline geschilbeslechting geldt, ook hanteerbaar voor online geschilbeslechting?² Dat is de centrale vraag in deze bijdrage.

Ontwikkelingen op het gebied van digitale geschilbeslechting doen zich op diverse terreinen en niveaus voor. In november 2011 presenteerde de Europese Commissie twee met elkaar samenhangende voorstellen voor geschilbeslechting. Een voorstel betrof een richtlijn voor alternatieve geschilbeslechting van consumentengeschillen (hierna: ADR-richtlijn), het tweede was een voorstel voor een verordening betreffende online dispute resolution, eveneens voor consumentengeschillen (hierna: ODR-verordening). Inmiddels zijn de voorstellen aangepast en aangenomen.³ Ook binnen Nederland is men bezig met het digitaliseren van geschilbeslechtigingsprocedures. Er zijn plannen op dit gebied die de overheidsrechtspraak betreffen,⁴

1 Zie reeds de brief van de minister en de staatssecretaris van Justitie van 19 november 1999, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 352, nr. 19, p. 7-8.

2 In deze bijdrage wordt geen onderscheid gemaakt tussen de termen online, elektronische en digitale geschilbeslechting.

3 Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Richtlijn ADR consumenten), *PbEU* 201, L 165, p. 63-79; Verordening (EU) nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (verordening ODR consumenten), *PbEU* 2913, L 165, p. 1-12.

4 Het voorleggen van geschillen aan een eKantonrechter is, zij het nu nog alleen door rechtsbijstandsverzekeraars, op dit moment al mogelijk bij de Rechtbanken Rotterdam en Oost-Brabant. Zie hierover <www.rechtspraak.nl> (geraadpleegd 18 februari 2014).

maar er zijn ook particuliere initiatieven als e-Court en de mogelijkheid (het voortraject van) echtscheiding te regelen via het internet.⁵

Een van de vragen die gesteld kan worden, is of die digitale procedures – zowel de procedures bij de overheidsrechter als die bij alternatieve geschilbeslechters – voldoende waarborgen voor de justitiabele bieden.

Hoewel artikel 6 EVRM niet direct van toepassing is op alternatieve geschilbeslechting, zijn bepaalde beginselen ook daar van belang, bijvoorbeeld het recht op hoor en wederhoor, ‘equality of arms’ en onpartijdigheid van de geschilbeslechter.

Een ander aandachtspunt is dat het recht op toegang tot de rechter voldoende moet zijn gewaarborgd. Alternatieve geschilbeslechting dient in alle gevallen vrijwillig te worden aangegaan. Dat geldt ook voor digitale alternatieve procedures, waarbij voor sommige justitiabelen de drempel voor de toegang tot het recht (te?) hoog kan zijn. Daarbij kan alleen al gedacht worden aan het feit dat niet iedereen over internet beschikt.

Voordat deze punten verder aan de orde komen, zal ik ingaan op het begrip digitale geschilbeslechting en diverse ontwikkelingen op dit terrein.

2 Digitale geschilbeslechting

Wat is er eigenlijk zo bijzonder aan digitale geschilbeslechting? Is het niet ‘gewone’ geschilbeslechting met gebruik van de moderne technieken? En zijn alle geschillen eigenlijk wel geschikt voor deze vorm van geschilbeslechting?

Volgens Fokker is ODR de onlinevariant van ADR.⁶ Deze kernachtige omschrijving spreekt aan. Zij brengt mijns inziens mee dat bepaalde eisen die aan ADR worden gesteld, eveneens aan ODR moeten worden gesteld.⁷

Toch is het niet helemaal juist om ODR te zien als ADR-variant. Immers, ook in het geval de gerechten in de toekomst geschillen al dan niet gedeeltelijk digitaal afdoen, spreken we van onlinegeschilbeslechting.⁸ Onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds onlinegeschilbeslechting door middel van ADR en anderzijds onlinegeschilbeslechting door de overheidsrechter. Voor beide gelden bepaalde waarborgen, maar op laatstgenoemde vorm zijn er meer waarborgen van toepassing die soms ook verdergaan dan bij ADR. Dit alleen al vanwege het feit

5 Zie voor een ongelukkig uitgepakt voorbeeld inzake een echtscheidingszaak: *Adv.bl.* 7 augustus 2009, p. 436-439.

6 Fokker 2009, p. 163.

7 Zie ook reeds de Nota Wetgeving voor de elektronische snelweg, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2; o.a. p. 106 en 111: wat ‘off-line’ geldt, heeft ook ‘on-line’ te gelden.

8 Vgl. T. Schultz, *Online Dispute Resolution: an Overview and Selected Issues*, University of Geneva 2001, p. 2, te vinden op <www.thomasschultz.org/allpublications.html> (geraadpleegd 18 februari 2014); F. Eijvogels & W.H. Hogerzeil, *Inleiding alternatieve geschilbeslechting*, in: G. Brunt (red.), *Loshetzelfop.nl, ADR in een digitale context*, Nederlandse Vereniging voor Informatietechnologie en Recht 2004, p. 35.

dat artikel 6 EVRM ziet op een bij de wet ingesteld gerecht en de beginselen die in het artikel genoemd worden, daar zonder meer gelding hebben. Bij ADR worden bepaalde beginselen van artikel 6 EVRM ook wel toegepast,⁹ maar, afhankelijk van de variant die wordt gehanteerd, in meerdere of mindere mate. Zo zijn in onze wettelijke arbitrageregeling diverse fundamentele waarborgen in de wet vastgelegd, maar bij meer consensuele vormen van geschiloplossing, bijvoorbeeld mediation, gelden die waarborgen in mindere mate en soms zelfs helemaal niet.¹⁰

Nog daargelaten hoe het zit met de waarborgen, rijst meer in het algemeen de vraag wat er eigenlijk voor pleit om (alternatieve) geschilbeslechtsprocedures online te voeren. Voordelen zijn onder meer te behalen als het gaat om grensoverschrijdende transacties. In aanbeveling 2001/310/EG van de Europese Commissie over consensuele alternatieve geschilbeslechting werd reeds overwogen dat het economisch belang bij grensoverschrijdende transacties tussen ondernemingen en consumenten vaak gering is en dat de geschilbeslechting daarom eenvoudig, snel en goedkoop moet zijn. Door gebruik te maken van elektronische systemen voor geschillenbeslechting kunnen die geschillen zonder dat persoonlijk contact nodig is, doeltreffend worden afgehandeld.¹¹ Sleutelwoorden zijn dus: eenvoudig, snel, goedkoop en doeltreffend.

In genoemde Europese aanbeveling wordt voorts gewezen op het belang van de toegankelijkheid tot de geschilbeslechtsinstanties, waarbij elektronische hulpmiddelen een belangrijke rol kunnen spelen.¹² In de Europese mediationrichtlijn is in overweging 9 van de preambule opgenomen dat deze richtlijn het gebruik van moderne communicatietechnologieën niet mag belemmeren.¹³ Dat is wat terughoudend uitgedrukt, althans in het licht van de inzet vanuit 'Europa' om tot een ODR-verordening te komen.

Niet in alle gevallen zal onlinegeschilbeslechting – hetzij door de rechter, hetzij in een alternatieve procedure – de aangewezen methode zijn. Bij de afweging tussen online- en offlinegeschilbeslechting kan gekeken worden naar het onderwerp van het geschil, dus de zaak die het betreft. Volgens sommigen is onlinegeschilbeslechting geschikter voor commerciële zaken dan voor familiezaken en zouden

9 Zie ook Jacobs, die spreekt van een reflexwerking van die beginselen bij ADR (W.A. Jacobs, *ADR en consument. Een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden van alternatieve geschiloplossing* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998, p. 64).

10 Zie over de andere rol van fundamentele beginselen ook T.A.W. Sterk, 'Algemene beginselen en alternatieve geschillenbeslechting', in: M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren*, Deventer: Kluwer 1998, p. 26.

11 Aanbeveling 2001/310/EG, *PbEU* 2001, L 109, p. 56-61, overweging 6.

12 Aanbeveling 2001/310/EG, *PbEU* 2001, L 109, p. 56-61, overweging 12.

13 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2008, L 136, p. 3-8. Zie eveneens art. 17 van de richtlijn inzake elektronische handel 2000/31/EG, *PbEU* 2000, L 178, p. 1-16.

de voordelen van lage kosten zwaarder wegen in geval van kleine geldvorderingen dan in geval van grote.¹⁴

Niet alleen het type conflicten speelt een rol bij die afweging, maar zeker ook de aard van partijen. Als het gaat om een geschil tussen een consument en een bedrijf, is het denkbaar dat een consument normaal gesproken aan geen enkele wijze van geschiloplossing begint, vanwege bijvoorbeeld de kosten, of omdat het ingewikkeld is, of omdat het te veel tijd kost. En dan hoeft niet alleen gedacht te worden aan gerechtelijke procedures maar ook aan ADR-procedures. In zo'n geval kan online-geschilbeslechting een uitkomst zijn. 'ODR for consumers should be characterized by being of easy access and user-friendly as well as being cost-effective.'¹⁵ Ook vertrouwen in digitale geschilbeslechting is – meer nog dan in offline-geschilbeslechting – essentieel.¹⁶ Is dat vertrouwen er niet, dan zullen partijen niet gauw bereid zijn eraan te beginnen.

In geval van bijvoorbeeld onlinemediation zijn er ook nadelen te noemen. Juist bij mediation is inzet en medewerking van partijen zelf onontbeerlijk, maar het kan zo zijn dat een van de partijen niet echt actief deelneemt aan de mediation door zich afzijdig te houden. Doordat partijen en mediator zich niet in een ruimte bevinden, zal dat wellicht wat gemakkelijker gaan dan bij offlinemediation. Daarnaast is het voor de mediator wat lastiger in te schatten wat de omstandigheden van partijen zijn. Hebben partijen bijvoorbeeld alleen zelf toegang tot hun e-mailberichten en hoe weet de mediator zeker dat partijen goed geïnformeerd hun beslissingen nemen?¹⁷ Hoewel online-geschilbeslechting dus voordelen lijkt te bieden, zal over de hanterbaarheid een genuanceerd standpunt moeten worden ingenomen. Niet in alle gevallen zal het een goede wijze van geschilbeslechting zijn.

3 Ontwikkelingen digitalisering geschilbeslechting

Als het gaat om de digitalisering van procedures vallen er voor verschillende vormen van geschilbeslechting ontwikkelingen te signaleren. Dat geldt bijvoorbeeld voor de overheidsrechtspraak, maar ook voor alternatieven als arbitrage en mediation. In deze paragraaf zullen enkele van die ontwikkelingen aan de orde komen.

14 Zie bijvoorbeeld Vermeys & Benyekhlef 2012, p. 306.

15 P. Cortés, 'Online Dispute Resolution for Consumers', in: M.S.A. Wahab, E. Katsh & D. Rainey (red.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, p. 140.

16 Zie o.a. T. Schultz e.a., *Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues*, University of Geneva 2001, p. 32, te vinden op <www.thomasschultz.org/allpublications.html> (geraadpleegd 18-2-2014); Bol 2007, p. 382; Fokker 2009, p. 109; A.E. Vialta, 'ODR and E-Commerce', in: M.S.A. Wahab, E. Katsh & D. Rainey (red.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, p. 137.

17 M. Kollenhof-Bruning, 'Textbasierte Online-Mediation: Was haben wir aus der Praxis gelernt?', *Die Wirtschafts Mediation* 2013, nr. 1, p. 31-32.

3.1 Overheidsrechtspraak

Medio 2013 heeft de minister van Veiligheid en Justitie in een brief aan de Tweede Kamer aangekondigd wat de plannen waren in het kader van het Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak.¹⁸ Inmiddels is het ‘Voorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht’ (hierna: voorstel digitalisering) aan diverse instanties voorgelegd voor advies en is de internetconsultatie aangaande dit voorstel afgerond.¹⁹ Het is de bedoeling dat justitiabelen in de toekomst een procedure voor de burgerlijke rechter digitaal aanhangig kunnen maken. Het digitaal procederen wordt, als het voorstel wordt aangenomen, in beginsel voor professionele partijen verplicht gesteld.²⁰ Die verplichting geldt niet voor natuurlijke personen, niet handelende in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die evenmin een professionele rechtsbijstandsverlener hebben ingeschakeld.²¹ Wel wordt gekeken hoe die natuurlijke personen zo veel mogelijk kunnen worden gestimuleerd tot digitaal procederen over te gaan en hoe daarbij ondersteuning kan worden geboden.²² Uiteraard is, ook met het belang van het vertrouwen dat er moet zijn in de digitalisering van de rechtspraak, nodig om te kijken naar de veiligheid van digitaal procederen.²³

Terecht wordt in de memorie van toelichting bij het voorstel digitalisering gewezen op artikel 6 EVRM.²⁴ Zoals eerder opgemerkt, heeft niet iedereen de beschikking over internet. Van professionele partijen kan dit weliswaar verwacht worden, maar van iedere burger zeker niet. Zij zouden derhalve in hun recht op toegang tot de overheidsrechter kunnen worden belemmerd.

3.2 Mediation

In het wetsvoorstel-Van der Steur betreffende de wettelijke verankering van mediation wordt bij de digitalisering van de overheidsrechtspraak aangehaakt.²⁵ Zo wordt in het voorgestelde artikel 292 lid 1 Rv bepaald dat in een soort deelgeschil-procedure tijdens de mediation een verzoek tot het beslechten van een deelgeschil elektronisch bij de rechter kan worden ingediend waarbij aansluiting is gezocht bij

18 Brief aan de Tweede Kamer van de minister van Veiligheid en Justitie van 11 juni 2013 <www.rechtspraak.nl> (geraadpleegd 18 februari 2014).

19 Zie over de internetconsultatie <www.rechtspraak.nl>, nieuwsbericht van 24 oktober 2013 (geraadpleegd 18 februari 2014). Zie voor het voorstel digitalisering en de MvT www.rijksoverheid.nl (geraadpleegd 18 februari 2014).

20 Een uitzondering kan bij AMvB worden gemaakt voor bijvoorbeeld buitenlandse procespartijen die geen verplichting tot procesvertegenwoordiging hebben (MvT bij het voorstel digitalisering, p. 21 en 33).

21 Voorstel digitalisering art. 77b lid 4 Rv; MvT bij het voorstel digitalisering, p. 5, 19, 34.

22 MvT bij het voorstel digitalisering, p. 19, 21. Bij die ondersteuning wordt bijvoorbeeld gedacht aan het instellen van een helpdesk.

23 MvT bij het voorstel digitalisering, p. 24-26.

24 MvT bij het voorstel digitalisering, p. 21.

25 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 723.

artikel 33 Rv.²⁶ Volgens de memorie van toelichting wordt hiermee een snelle procedure mogelijk die uitsluitend langs elektronische weg gevoerd wordt. Dat brengt mee dat wordt afgeweken van de gebruikelijke procesorde, zodat er in beginsel geen zittingen worden gehouden en er evenmin ruimte is voor re- en dupliek. Hiervan kan overigens wel worden afgeweken indien partijen dat in een instructie zoals genoemd in het voorgestelde artikel 292 lid 1 Rv bij de rechter hebben aangegeven.²⁷ In lid 3 van hetzelfde artikel is vastgelegd dat de beschikking elektronisch wordt verzonden aan de registermediator.²⁸ In artikel 293 lid 1 Rv van het wetsvoorstel wordt bepaald dat een (vaststellings)overeenkomst langs elektronische weg ter bekrachtiging aan de rechter kan worden voorgelegd. Zo kan op eenvoudige wijze een executoriale titel worden verworven.²⁹ Ook hier wordt de beschikking elektronisch verzonden aan de registermediator.³⁰

3.3 Arbitrage

Niet alleen bij het indienen of het afronden van een procedure kunnen elektronische middelen worden ingezet. Ook tijdens de procedure is dat mogelijk. In het wetsvoorstel modernisering Arbitragerecht is in lid 4 van artikel 1072b bepaald dat een persoonlijke verschijning van een getuige, deskundige of partij niet noodzakelijk is, maar dat rechtstreeks via elektronische middelen gecommuniceerd kan worden met het scheidsgerecht en eventueel met anderen. Met welke middelen en hoe, wordt door het scheidsgerecht in overleg met betrokkenen bepaald (art. 1072b lid 4).³¹ In de memorie van toelichting wordt over deze mogelijkheid opgemerkt dat een videoconferentie vooral in internationale arbitrages veel kosten kan besparen.³² Dat over de fysieke aanwezigheid van partijen evenwel verschillend gedacht kan worden, zal in paragraaf 5.1 nog aan de orde komen.

3.4 E-Court

Naast de initiatieven op wetgevingsgebied zijn er ook particuliere initiatieven getoond. Zo is in Nederland inmiddels ook onlinegeschilbeslechting mogelijk via e-Court. Na een moeizame start, waarin eerst werd uitgegaan van een uitspraak in

26 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, nr. 2, p. 4. In het voorstel digitalisering vervalt art. 33 Rv en zijn bepalingen rond de digitalisering neergelegd in de artikelen 77b-77f Rv. Zie ook de MvT bij het voorstel digitalisering p. 30.

27 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, nr. 3, p. 23.

28 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, nr. 2, p. 4.

29 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, nr. 2, p. 5, zie ook de MvT, p. 24. Zie voor een soortgelijke regeling in België art. 1733 van het Gerechtelijk Wetboek. Overigens wordt in België wel terughoudend getoetst, zie hierover A.H. Santing-Wubs, 'Mediation en tenuitvoerlegging', in: G.T. de Jong e.a. (red.), *Markante analyses*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 165-169.

30 Art. 293 lid 5 Rv, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, 2, p. 5.

31 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 2, p. 22.

32 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3, p. 42.

de vorm van een bindend advies³³ is bij e-Court thans arbitrage het uitgangspunt.³⁴ Ook dit is niet zonder slag of stoot gegaan.³⁵ Behalve dat er uiteraard een geldige overeenkomst aan de arbitrage ten grondslag moet liggen, is het van belang dat de procedure zorgvuldig gevoerd wordt. Vervolgens is transparantie over die procedure geboden. Zo werd door de Rechtbanken Zutphen³⁶ en Almelo³⁷ ten overvloede overwogen dat uit het arbitragereglement van e-Court kon worden afgeleid dat gedaagde, anders dan eiser, niet de mogelijkheid had om te verzoeken zijn standpunt tijdens een zitting mondeling toe te lichten. De rechtbank wijst erop, dat dit in strijd is met artikel 1039 lid 1 Rv, waarin het gelijkheidsbeginsel is neergelegd. In lid 2 van dat artikel is bepaald dat het scheidsgerecht op verzoek van een van de partijen of uit eigen beweging partijen de gelegenheid geeft tot een mondelinge toelichting. Volgens de rechtbank is het e-Court arbitragereglement op dit punt in strijd met de openbare orde omdat een fundamenteel rechtsbeginsel wordt geschonden.

Een probleem kan zijn dat, om wat voor reden dan ook, niet iedereen over internet beschikt. De rechtbank overweegt daaromtrent dat uit het – destijds geldende – arbitragereglement van e-Court niet blijkt hoe in een dergelijk geval in een arbitrageprocedure bij e-Court verweer kan worden gevoerd. Daarmee wordt het beginsel van hoor en wederhoor geschonden, aldus de rechtbank. Inmiddels is het reglement aangepast.³⁸

Het kan zijn dat een partij bij nader inzien toch de procedure niet online, althans via e-Court, wenst te voeren. Het huidige procesreglement van e-Court sluit voor een dergelijk geval enigszins aan bij artikel 6:236 sub n BW: indien gekozen is eventuele toekomstige geschillen aan e-Court voor te leggen en er rijst inderdaad een geschil, dan heeft gedaagde, nadat hij is opgeroepen, nog een maand de tijd zich alsnog tot de overheidsrechter te wenden.³⁹

33 Zie over de problemen rond het bindend advies in dit kader o.a. de brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 23 juni 2011 (*Kamerstukken II* 2010/11, 29 279, nr. 122).

34 Hoewel het huidige reglement uitgaat van arbitrage, lijkt een bindend advies nog steeds wel mogelijk te zijn (Procesreglement e-Court, gepubliceerd op <www.e-court.nl>, Deel 4, art. 13 lid 2 (geraadpleegd 18 februari 2014). De minister van Veiligheid en Justitie heeft er in augustus 2013 bij e-Court nog op aangedrongen dat volstrekt helder moet zijn of het gaat om bindend advies of arbitrage (*Kamerstukken II* 2013/14, Aangangsel van de Handelingen, nr. 292, p. 1).

35 Zie hierover ook *Kamerstukken II* 2011/12, Aangangsel van de Handelingen, nr. 1682. Een aantal rechtszaken ging om de vraag of er wel een overeenkomst tot arbitrage was gesloten. Zie bijv. Rb. Zutphen 7 oktober 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BT7213; Rb. Almelo 7 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BT7606; Rb. Almelo 28 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU2930; Rb. Almelo 5 maart 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV8413.

36 Rb. Zutphen 7 oktober 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BT7213.

37 Rb. Almelo 7 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BT7606.

38 In het daarop volgende reglement, ingaande op 17 oktober 2011, is de mogelijkheid geboden dat een partij, indien zij geen toegang heeft tot internet, het verweer of een verzoek tot mondelinge toelichting per post kan indienen. In het huidige reglement (ingegaan op 1 februari 2013) wordt die mogelijkheid tot correspondentie per post geboden in Deel 2, art. 4 lid 3 en Deel 4, art. 9 lid 4. In het huidige reglement is voorts aangegeven hoe gedaagde verweer kan voeren tijdens de procedure (Deel 2, art. 4).

39 Reglement van de Stichting e-Court per 1 februari 2013, Deel 2, art. 2 lid 4.

Online procederen is betrekkelijk nieuw. Vertrouwen in de procedure is derhalve essentieel, anders zal men er immers niet aan beginnen. In dat kader heeft men bij e-Court blijkbaar de notaris ook een taak willen geven. Zo is in het reglement bepaald dat e-Court aan een notaris opdracht kan geven de procesgang te volgen als waarnemer.⁴⁰ Op zich kan het aanstellen van een waarnemer het vertrouwen in een onlinegeschilbeslechtsprocedure bevorderen omdat deze, als het goed is, met een kritische blik de gang van zaken volgt, maar waarom hier nu juist een notaris de aangewezen persoon is, is niet duidelijk.

Als de uitspraak er eenmaal is, kan het punt van de tenuitvoerlegging om de hoek komen kijken. In het reglement wordt bepaald dat e-Court in geval van arbitrage namens de belanghebbende partij een verzoek tot tenuitvoerlegging bij de voorzieningenrechter kan doen.⁴¹ E-Court zorgt eveneens voor de deponering van het vonnis conform artikel 1058 Rv, waarbij, anders dan in dat artikel, is bepaald dat dat depot ook kan plaatsvinden bij de notaris.⁴² Overigens is het voor het verzoek tot verlot tot tenuitvoerlegging (exequatur) niet noodzakelijk dat het vonnis gedeponerd is, artikel 1062 lid 1 Rv bepaalt slechts in het kader van de bevoegdheid van de voorzieningenrechter dat het gaat om de griffie van de rechtbank waar het vonnis moet worden neergelegd op grond van artikel 1058 lid 1 Rv. Ook als dat depot niet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, kan een exequatur worden gevraagd en verleend.⁴³ Voorts kan aan de waarnemend notaris worden gevraagd om een grosse van de procesverbaalaktes, waarbij tegelijkertijd het vonnis bij deze notaris in depot wordt gegeven.⁴⁴ Behalve dat artikel 1058 Rv deze mogelijkheid tot depot bij de notaris niet noemt, is ook hier niet duidelijk waarom de mogelijkheid van een depot bij de notaris wordt geboden naast de mogelijkheid van een depot bij de griffie van de rechtbank die de wet biedt in artikel 1062 Rv.

In deze bijdrage zal het verder vooral gaan over ODR als variant van ADR. De digitalisering van de ‘reguliere’ rechtsgang zal slechts zijdelings aan de orde komen. Eerst zal nu gekeken worden naar eventuele knelpunten met het oog op de toegang tot de rechter.

4 Toegang tot de rechter

Het uitgangspunt is dat er een recht op toegang tot de overheidsrechter bestaat.⁴⁵ Uitdrukkelijk wordt in het kader van het recht op toegang tot de rechter in de preambule van de ODR-verordening gewezen op artikel 47 van het Handvest: ‘ODR

40 Reglement e-Court 1 februari 2013, Deel 2, art. 2 lid 6.

41 Reglement e-Court 1 februari 2013, Deel 3, art. 7 lid 1.

42 Reglement e-Court 1 februari 2013, Deel 3, art. 7 lid 2.

43 Zie ook H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2011, aant. 4 bij art. 1062 Rv.

44 Reglement e-Court 1 februari 2013, Deel 3, art. 7 lid 3.

45 Dit recht is onder meer neergelegd in art. 17 Gw, art. 6 EVRM en art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest).

is niet bedoeld voor en mag niet worden ontworpen om gerechtelijke procedures te vervangen en mag consumenten of ondernemers evenmin het recht ontnemen om zich tot de rechter te wenden. Deze verordening mag partijen dan ook niet beletten hun recht op toegang tot de rechter uit te oefenen.⁴⁶

Een dergelijke bepaling was in eerste instantie niet opgenomen in het met de ODR-verordening samenhangende voorstel voor een ADR-richtlijn,⁴⁷ maar staat ook daar thans in de preambule vermeld.⁴⁸

In artikel 1 van de ADR-richtlijn wordt nog eens bepaald dat alternatieve geschilbeslechtsprocedures weliswaar door lidstaten verplicht kunnen worden gesteld, maar dat zij daarmee niet het recht op toegang tot de rechter mogen belemmeren.⁴⁹

In de Europese mediationrichtlijn is in artikel 5 lid 2 een soortgelijke bepaling opgenomen: 'Deze richtlijn laat onverlet dat de nationale wetgeving het gebruik van bemiddeling/mediation voor of na het begin van de gerechtelijke procedure verplicht kan stellen, dan wel met stimulansen of sancties kan bevorderen, mits het de partijen niet wordt belet hun recht van toegang tot de rechter uit te oefenen.' Dit laatste lijkt een zeer voor de hand liggende restrictie, maar het is de vraag wanneer een dergelijke situatie zich voordoet. Wordt door een verplichting tot alternatieve geschilbeslechting de weg tot de overheidsrechter belemmerd? Dat hoeft niet het geval te zijn. Er kan sprake zijn van een glijdende schaal. Zo kan bijvoorbeeld gesteld worden dat, *alvorens* men zich tot de burgerlijke rechter wendt, een poging tot alternatieve geschilbeslechting gedaan moet worden.⁵⁰ Ook bij arbitrage en het bindend advies wordt aangenomen dat partijen, indien zij deze vorm van geschilbeslechting zijn overeengekomen, eerst die weg moeten bewandelen. Daarna is een eventuele toetsing door de rechter mogelijk, zij het een terughoudende. Bij mediation wordt daar weer anders over gedacht, althans tot nu toe in de Nederlandse jurisprudentie. Vrijwilligheid voert daar de boventoon, ook al waren partijen overeengekomen dat zij hun geschil door middel van mediation zouden oplossen.⁵¹

46 ODR-verordening, preambule overweging 26.

47 Zie hierover ook het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC), waarin wordt opgemerkt dat dit wel zou moeten (Advies van het EESC over het voorstel voor de ADR-richtlijn, *PbEU* C 181, p. 93-98, onder 1.10).

48 ADR-richtlijn, preambule overweging 45.

49 ADR-richtlijn, art. 1.

50 Vgl. het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie voor de Europese Mediation-richtlijn (Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken, Brussel 2004, SEC(2004)1314, COM(2004)718 definitief). Daarin was opgenomen dat de rechter van partijen kon *verlangen* dat zij eerst een voorlichtingsbijeenkomst over mediation zouden bijwonen. In de huidige richtlijn is dat in art. 5 afgezwakt: de rechter kan partijen uitnodigen zo'n informatiebijeenkomst bij te wonen.

51 Rb. Haarlem 4 juni 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AQ2615; Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, *NJ* 2003/87; HR 20 januari 2006, *NJ* 2006/75. In het wetsvoorstel-Van der Steur wordt ervan uitgegaan dat partijen, voordat de rechter het geschil in behandeling neemt, hebben geprobeerd het geschil door middel van mediation op te lossen. Hebben ze dat nagelaten, dan dient te worden aangegeven wat de reden daarvan is (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 723, nr. 2, p. 3, het betreft een aanvulling op art. 111 Rv lid 2 sub m; zie hierover de MvT, p. 20).

In de hiervoor bedoelde gevallen wordt die ADR door partijen zelf overeengekomen. Wat als de overheid ADR zou voorschrijven voor bepaalde situaties? Mijns inziens zou, als dat zonder meer het geval zou zijn, een grens worden overschreden met het oog op de toegang tot de rechter. Als we echter naar het *Alassini*-arrest kijken, kan dat in sommige gevallen anders zijn.⁵² Ook daar schreef de (Italiaanse) overheid een vorm van ADR voor, namelijk bemiddeling. Onder voorwaarden is dat mogelijk, aldus het Europese Hof van Justitie: het moet gaan om een vorm van geschilbeslechting die niet tot een bindende beslissing voor partijen leidt. De procedure mag geen wezenlijke vertraging voor het instellen van een beroep op de rechter opleveren; in een dergelijk geval moet de verjaring worden geschorst en er mogen geen of slechts zeer geringe kosten mee gemoeid zijn. Hoewel inmiddels op Europees niveau het voorstel voor een ODR-verordening is aangenomen, is het niet vanzelfsprekend dat iedere justitiabele met de digitalisering uit de voeten kan. Volgens het Hof mag een elektronische weg niet de *enige* toegang zijn tot de alternatieve procedure.

Dat lijkt mij een juist uitgangspunt. Niet iedereen is goed thuis op dit terrein. Het gebrek aan kennis en vaardigheden kan leiden tot ongelijkheid van partijen.⁵³ Te recht wordt thans dan ook in de ADR-richtlijn bepaald dat, indien van toepassing, de consument in staat moet worden gesteld bij een ADR-entiteit een klacht offline in te dienen.⁵⁴ Voorts bepaalt artikel 8 van de richtlijn dat de ADR zowel online als offline beschikbaar en gemakkelijk toegankelijk voor partijen moet zijn.⁵⁵

Het ging in de *Alassini*-zaak om bemiddeling. Op straffe van niet-ontvankelijkheid moesten partijen op grond van een wettelijke bepaling eerst een bemiddelingspoging hebben gedaan. Inmiddels is de bepaling waarin dit was voorgeschreven door het Italiaanse Constitutionele Hof ongrondwettig verklaard.⁵⁶

Op grond van de ADR-richtlijn zijn ondernemers niet verplicht aan ADR-procedures deel te nemen.⁵⁷ Kritisch over die vrijblijvendheid is Loos, die meent dat dit meebrengt dat de richtlijn alleen effectief kan zijn ten aanzien van in beginsel goedwillende ondernemers.⁵⁸ Dat zou zo kunnen zijn, maar mijns inziens moet aan

52 HvJ EU 18 maart 2010, *NJ* 2010/382, m.nt. M.R. Mok. De zaak speelde in Italië.

53 Zie in gelijke zin Fokker 2009, p. 134.

54 Art. 5 lid 2 sub c ADR-richtlijn.

55 Art. 8 sub a ADR-richtlijn.

56 Zie HvJ EU 27 juni 2013, C-492/11 (*Di Donna/ SIMSA*). Vanwege die ongrondwettigverklaring zijn de prejudiciële vragen die aan het Hof van Justitie worden voorgelegd van hypothetische aard en wordt er door het Hof derhalve geen uitspraak gedaan over de gestelde vragen. Zie hierover ook E. Silvestri & R. Jagtenberg, 'Tweeluik – Diptych: Juggling a red hot potato: Italy, the EU, and mandatory mediation', in: *TMD* 2013, nr. 1, p. 29-45. Volgens Silvestri heeft de ongrondwettigverklaring op formele gronden plaatsgevonden en heeft het Constitutionele Hof daarmee vermeden in te gaan op de vraag of de verplichte mediation in strijd was met het recht op toegang tot de rechter (zie hierover o.a. p. 34, 36 en 37 van het artikel).

57 Art. 9 ADR-richtlijn, zie expliciet overweging 49 preambule ADR-richtlijn.

58 M.B.M. Loos, 'Ontwikkelingen in het Europees Consumentenrecht in 2012', *NtEr* 2013, nr. 3, p. 111. (Die vrijblijvendheid was toen neergelegd in art. 10 lid 1 van het voorstel voor een ADR-richtlijn, zie ook de toelichting op het voorstel voor een ADR-richtlijn, p. 5 en overweging 22 preambule van het voorstel.)

de andere kant ervan worden uitgegaan dat ook ondernemers zelf belang hebben bij een gemakkelijke, laagdrempelige manier van geschiloplossing. En als een keer de stap genomen is online te verkopen of diensten aan te bieden, zal de stap naar geschilbeslechting via die route niet al te groot zijn. Het kan de consument vertrouwen bieden als de ondernemer zich bij voorbaat bindt aan de uitspraak. Al lijkt het voor de ondernemer vrijblijvend, toch kan, juist om het vertrouwen in die ondernemer te bevorderen, deze winst behalen door zich aan de uitspraak te conformeren.⁵⁹

Overigens is de definitieve versie van de richtlijn inmiddels in die zin aangepast dat als de ondernemer op grond van het nationale recht wel gebonden is aan de uitkomst zodra de consument de voorgestelde oplossing heeft aanvaard, de ondernemer niet, zoals de consument, op elk moment uit de procedure kan stappen of de voorgestelde oplossing afwijzen.⁶⁰ Is de verplichting tot aanvaarding van de oplossing door ondernemers niet door een lidstaat opgelegd, dan geldt dat beide partijen moeten hebben ingestemd met het bindende karakter van de geschilbeslechting.⁶¹

5 Voorwaarden voor een goede werking van digitale geschilbeslechting

Als we bij ODR uitgaan van de variant van online alternatieve geschilbeslechting, kan de vraag gesteld worden wat ervoor nodig is deze vorm van geschilbeslechting goed te laten werken. Kan hetgeen geldt voor offline geschilbeslechting een-op-een worden toegepast bij online geschilbeslechting?

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, kan digitale geschilbeslechting snel, goedkoop en efficiënt zijn, maar dat is niet voldoende. Terecht merken Vermeys en Benyekhlef op:

‘The key to incorporating ODR practices into the courts is to first identify how the technology will impact our practices beyond the simple statement that ODR will make the legal system more efficient and less costly, because a system that is not in line with our values will never work, no matter how inexpensive and expedient it is.’⁶²

59 Zie o.a. Fokker 2009, p. 166.

60 Art. 9 ADR-richtlijn.

61 Art. 10 lid 2 ADR-richtlijn. De UNCITRAL werkgroep ODR heeft zich eveneens met de gebondenheid beziggehouden. In mei 2013 presenteerde deze werkgroep een set regels ‘Online dispute resolution for cross-border electronic commerce transactions’ (UNCITRAL, Working group III, Online dispute resolution for cross-border electronic commerce transactions: draft procedural rules, A/CN.9/WG.III/WP.119, te vinden op <www.uncitral.org>, geraadpleegd 18 februari 2014). Ook hierin wordt geworsteld met bindende en niet-bindende uitspraken voor consumenten, hetgeen heeft geleid tot een tweesporenbeleid, zie p. 3 e.v. van de Note by the Secretariat en het conceptartikel 8.

62 Vermeys & Benyekhlef 2012, p. 311.

De Europese Commissie heeft in aanbevelingen in 1998⁶³ en 2001⁶⁴ aangegeven welke beginselen van toepassing zijn in geval van buitengerechtelijke geschilbeslechting in consumentenzaken. Zo dient bijvoorbeeld de geschilbeslechter onafhankelijk en onpartijdig te zijn, de procedure moet transparant zijn, het beginsel van hoor en wederhoor moet worden toegepast, de procedure moet doeltreffend zijn, waarbij onder meer gedacht wordt aan de toegankelijkheid en de kosten van de procedure. Voorts is in eerstgenoemde aanbeveling, die ziet op gevallen waarin een derde een oplossing voorstelt of oplegt,⁶⁵ opgenomen dat van tevoren uitdrukkelijk wordt ingestemd met de eventuele gebondenheid aan de uitspraak, en als voorafgaand aan een geschil tot buitengerechtelijke geschilbeslechting wordt besloten, moet de consument nog steeds het recht hebben zich tot de gewone rechter te wenden. In de ADR-richtlijn en de daarmee samenhangende ODR-verordening zien we dergelijke principes ook terug. Bepaalde beginselen van de aanbevelingen van de Commissie zijn hierin bindend gemaakt.⁶⁶

Hierna zullen enkele aspecten van geschilbeslechtsprocedures worden belicht en wordt gekeken in welke mate zij van belang zijn voor een goede werking van onlinegeschilbeslechting.

5.1 Mondelinge behandeling?

Kenmerkend voor digitale geschilbeslechting is, dat de procedure in beginsel via elektronische middelen wordt afgedaan, waarbij geen fysieke aanwezigheid van partijen op een zitting is vereist. De vraag kan rijzen of er een *recht* op een mondelinge behandeling bestaat. Daarover zijn de meningen verdeeld. Smits komt op grond van de Straatsburgse jurisprudentie tot de conclusie dat dit niet per se het geval is.⁶⁷ Wel zou hierbij gekeken moeten worden naar de aard van de zaak: bijvoorbeeld in zaken van personen- en familierecht kan het juist wel weer van belang zijn een mondelinge behandeling – waarbij partijen ook fysiek aanwezig zijn – te beleggen.⁶⁸

Asser, Vranken en Groen bepleiten in hun rapport ‘Een nieuwe balans’ een mondelinge behandeling.⁶⁹ Overigens wordt ook door deze schrijvers aangegeven dat

63 98/257/EG, Aanbeveling van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslissing van consumentengeschillen, *PbEU* 1998, L 115, p. 31-34.

64 2001/310/EG, Aanbeveling van de Commissie van 4 april 2001 met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn, *PbEU* 2001, L 109, p. 56-61.

65 Zie overweging 3 van aanbeveling 2001/310/EG waarin wordt toegelicht waarom er een tweede aanbeveling nodig was: pogingen partijen bij elkaar te brengen om hen tot een gezamenlijke oplossing te brengen, vallen niet onder de eerste aanbeveling.

66 Overweging 37 preambule ADR-richtlijn.

67 Smits 2008, p. 113-115, p. 173-178. In gelijke zin: Fokker 2009, p. 133.

68 Smits 2008, p. 114; Fokker 2009, p. 133.

69 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 85; W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 84-86. Zie hierover Smits 2008, p. 113.

moderne communicatiemiddelen op ruime schaal kunnen worden ingezet.⁷⁰ Fysieke aanwezigheid is geen vereiste. De Raad voor de rechtspraak is eenzelfde standpunt als Asser Vranken en Groen toegedaan, hetgeen blijkt uit het advies inzake het conceptwetsvoorstel-Van der Steur: hierin wijst de Raad erop dat mondelinge behandeling van de zaak het uitgangspunt is, al kan wel worden besloten daarvan af te zien.⁷¹

In het hiervoor besproken conceptwetsvoorstel digitalisering wordt uitgegaan van een mondelinge behandeling, volgens de memorie van toelichting vormt de mondelinge behandeling zelfs het hart van de nieuwe basisprocedure.⁷² Die mondelinge behandeling vindt fysiek plaats en niet digitaal.⁷³

Een zitting waarbij partijen fysiek aanwezig zijn, kan volgens Fokker ook wenselijk zijn als het gaat om arbitrage. Hij meent dat, zeker als het gaat om grotere, veelal financiële, belangen, dat het geval is: men wil elkaar in de ogen kunnen zien, men wil eventueel alsnog schikken en ook kan het zijn dat de arbiter de getuige in de ogen wil zien. Maar ook deze schrijver stelt dat wellicht door de voortschrijdende techniek deze bezwaren kunnen worden ondervangen.⁷⁴ In het wetsvoorstel modernisering Arbitragerecht wordt in ieder geval wel uitgegaan van de mogelijkheid de communicatie tijdens een eventuele zitting via elektronische middelen te laten verlopen, zodat fysieke aanwezigheid van partijen niet vereist is.⁷⁵

In sommige gevallen valt onlinemediation te prefereren boven offlinemediation. Behalve dat het sneller (denk bijvoorbeeld alleen al aan de reistijd) en goedkoper kan, kan gedacht worden aan gevallen waarin partijen vanwege emotionele redenen maar moeilijk met elkaar in een kamer kunnen verblijven. De onlinemediation schept dan iets meer afstand. Bij de offlinemediation wordt die afstand soms gecreëerd doordat de mediator afzonderlijk met partijen spreekt. Dat kan nodig zijn om uiteindelijk het gesprek tussen partijen zelf weer op gang te brengen.⁷⁶

Uiteraard dient de mediator onafhankelijk en onpartijdig te zijn. Doordat de mediator op een afstand staat en deze ook anoniem kan blijven voor de partijen, wordt dat volgens Devanesan en Aresty in geval van een onlinegeschilbeslechting misschien nog wel beter bewerkstelligd. De mediator bevindt zich niet in dezelfde ruimte als partijen en is daardoor ook minder gemakkelijk te beïnvloeden of geneigd tot

70 Zie ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 240, 242.

71 Advies van de Raad voor de rechtspraak van 26 juni 2013, p. 7, gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl>, nieuwsoverzicht 4 juli 2013 (geraadpleegd 18 februari 2014).

72 Zie met name de art. 77m en 77n Rv van het voorstel digitalisering, MvT, p. 41.

73 MvT bij het voorstel digitalisering, p. 19. Een uitzondering zou gemaakt kunnen worden als het gaat om een regiezitting, zie de MvT, p. 14.

74 Fokker 2009, p. 166.

75 Zie hierover paragraaf 3.3.

76 Zie hierover ook A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2012, p. 29-31.

vooroordelen. Verder stellen schrijvers dat de mediator ‘if it is a person’,⁷⁷ niet gekozen wordt door de partijen, zoals bij offline-ADR wel het geval is.⁷⁸ Dat laatste lijkt mij niet noodzakelijk met een onlinegeschilbeslechting samen te hangen, ook in dat geval is het mogelijk zelf de geschilbeslechter(s) te kiezen.

Juist met het oog op het ontbreken van een fysieke aanwezigheid van partijen en mediator moet worden opgemerkt dat onlinemediation ook nadelen kan meebrengen. Zeker als betrokkenen elkaar niet via een beeldscherm kunnen zien, maar het proces puur door middel van het heen en weer sturen van tekst wordt afgehandeld, bestaat er kans op misverstanden. In zo’n geval worden immers mogelijk bepaalde nuances gemist als gevolg van het ontbreken van non-verbale communicatie.⁷⁹ Lombardi wijst erop dat het juist bij mediation normaal gesproken de bedoeling is het contact tussen personen te bevorderen terwijl door onlinemediation juist een afstand tussen partijen wordt geschapen.⁸⁰ Een eenduidig standpunt vóór of tegen onlinemediation valt niet in te nemen. In sommige gevallen zal het goed werken, in andere niet.⁸¹

5.2 Vertrouwelijkheid

Vertrouwelijkheid wordt in alternatieve geschilbeslechting vaak van belang geacht. Dat geldt met name als het gaat om mediation; maar ook in geval van arbitrage kan men de niet-openbaarheid als voordeel zien.⁸² In de preambule van de ADR-richtlijn – die zoals opgemerkt in samenhang met de ODR-verordening moet worden gezien – wordt dat nog eens benadrukt.⁸³ Voor een eventuele gerechtelijke of arbitrale procedure daarna wordt in dat kader wel een wat zwakke formulering gehanteerd: ‘De lidstaten moeten worden aangemoedigd het vertrouwelijke karakter van ADR-procedures in eventuele latere gerechtelijke procedures in burgerlijke of handelszaken of arbitrageprocedures te beschermen.’⁸⁴ Dat is vrijblijvender dan: ‘de lidstaten dienen ervoor te zorgen’, zoals bijvoorbeeld in overweging 31 wel wordt gesteld met het oog op de billijke, objectieve, praktische en proportionele wijze waarop ADR-instanties, met inachtneming van de rechten van partijen, het geschil moeten behandelen.

Vertrouwelijkheid is bij de offlinemediation een belangrijk aspect en dat geldt ook voor een onlinemediation. Die vertrouwelijkheid kan bij onlinemediation op

77 Gedacht wordt daarbij aan de mogelijkheid van een volledig ‘technology-mediated’ proces, bijvoorbeeld ‘Cybersettle’. Devanesan & Aresty 2012, p. 268. Zie over deze mogelijkheid voorts Bol 2007, p. 53-54.

78 Devanesan & Aresty 2012, p. 268.

79 Zie in gelijke zin: Lombardi 2012, p. 529-530. Zie over de voor- en nadelen van e-mediation ook reeds: S. Bol & A. Lodder, ‘Mediation on line: over de kracht van de techniek en haar beperkingen’, *TMD* 2003, nr. 4, p. 94 e.v.

80 Lombardi 2012, p. 533.

81 Lombardi 2012, p. 538-543.

82 Fokker 2009, p. 130.

83 Overweging 29 van de preambule van de ADR-richtlijn.

84 Overweging 29 van de preambule van de ADR-richtlijn.

eenvoudige wijze geschonden worden. Zo kunnen e-mailberichten gemakkelijk worden verspreid onder derden.⁸⁵ Maar schending van de vertrouwelijkheid is ook mogelijk bij offline mediation: ook dan kunnen partijen gegevens doorspelen aan buitenstaanders.

Met het oog op de vertrouwelijkheid wordt in artikel 13 van de ODR-verordening bepaald dat voor de ODR-contactpunten voorschriften betreffende het beroepsgeheim (of een gelijkwaardige geheimhoudingsplicht) gelden zoals neergelegd is in de nationale wetgeving.⁸⁶ Deze bepaling is in die zin opmerkelijk, dat hierin de lidstaten de vrije hand wordt gelaten. Het is denkbaar dat in een lidstaat in het geheel niets is geregeld in de nationale wetgeving, of slechts summier, zoals in Nederland het geval is.

Verder wordt in het tweede lid van het artikel bepaald dat de Commissie ‘passende technische en organisatorische maatregelen’ zal nemen om de beveiliging van de verwerkte informatie te waarborgen. Tegenwoordig een loze belofte, alleen al gezien de vele hackgevallen die zich met grote regelmaat voordoen. Hier moet echter opnieuw een nuancering worden gemaakt: ook dossiers van de overheidsrechter worden in de trein vergeten. Wellicht zal het echter eenvoudiger zijn voor kwaadwillenden om toegang te krijgen tot vertrouwelijke elektronische bestanden. De gevolgen kunnen verstrekking zijn, alleen al omdat er meer betrokkenen door geraakt kunnen worden.

5.3 Transparantie

Transparantie is belangrijk.⁸⁷ Dat geldt voor de – al dan niet digitale – procedures bij de rechtbank, maar dat geldt ook in geval van online-ADR. Aangezien het beginsel van openbaarheid in het laatste geval niet van toepassing is, is het voor de rechtzoekende misschien wat lastig in te schatten wat hij van zo’n procedure moet verwachten. Volgens Devanesan en Aresty komt het niet publiceren van de uitspraken de transparantie niet ten goede omdat partijen niet weten wie een beslissing neemt en hoe men tot die beslissing is gekomen.⁸⁸

Om toch enige rechtszekerheid te bieden, kunnen uitspraken, zoals de Geschillencommissie ook doet, openbaar worden gemaakt. Enerzijds biedt dat enig houvast: maakt deze zaak kans van slagen?⁸⁹ Anderzijds heeft het een ‘zeeffunctie’ waar een geschillencommissie dan weer profijt van heeft doordat deze niet overbelast raakt met zaken die vrijwel identiek zijn en geen kans van slagen hebben.

Voor consensuele geschilbeslechting geldt het voordeel van die (geanonimiseerde) publicatie mijns inziens niet. Daar wordt immers de uitkomst bepaald door

85 Lombardi 2012, p. 542.

86 Art. 13 lid 1 ODR-verordening.

87 Dat geldt overigens niet alleen voor de procedure op zich, maar bijvoorbeeld ook voor de financiering van de ADR-entiteiten die op grond van de ADR-richtlijn moeten worden ingesteld. Zie art. 7 van de ADR-richtlijn.

88 Devanesan & Aresty 2012, p. 267-268.

89 <www.degeschillencommissie.nl/klacht-indienen/eerdere-uitspraken> (geraadpleegd 18 februari 2014).

onderhandelingen tussen partijen, en die zullen in beginsel per geval – waarbij partijen zelf een grote rol spelen – steeds tot andere uitkomsten leiden.

Het is voorts goed dat partijen weten wat ze van de geschillenbeslechting mogen verwachten als het gaat om de hantering van termijnen. In het voorstel van de ODR-verordening was bepaald dat een geschil binnen dertig dagen moest zijn beslecht. De termijn daarvoor ging lopen op het moment dat partijen zich tot een ADR-instantie hadden gewend. Verlenging van de termijn was mogelijk indien de complexiteit van het geschil daar aanleiding toe gaf.⁹⁰ Thans is aansluiting gezocht bij de langere termijn die genoemd wordt in de ADR-richtlijn, namelijk 90 dagen met de mogelijkheid tot verlenging als het gaat om zeer complexe geschillen.⁹¹ Gezien de snelle communicatiemogelijkheden bij onlinegeschilbeslechting is het jammer dat de verordening in dit opzicht is aangepast. Voor de gevallen waarin dertig dagen niet genoeg was, was er immers al een oplossing geboden door de mogelijkheid tot verlenging van de termijn.

6 Tot slot

Onlinegeschilbeslechting is volop in ontwikkeling. Zowel bij de overheidsrechter als op het terrein van particuliere geschilbeslechting zijn er diverse initiatieven genomen.

De vraag rees of digitale geschilbeslechting geen ‘gewone’ geschilbeslechting met gebruik van moderne technieken is. Grotendeels zal, ook bij geschilbeslechting, hetgeen offline geldt, ook online gelden. Tenminste als het gaat om de toegang tot de rechtspleging en beginselen. In paragraaf 5 is ingegaan op eventuele voorwaarden die gelden voor een goede werking van digitale geschilbeslechting. Daaruit bleek dat soms een onlinegeschilbeslechting niet de aangewezen weg is of dat het gedurende een onlineprocedure wenselijk kan zijn dat er toch een mondelinge zitting plaatsvindt. Voorts kwam de vertrouwelijkheid van de alternatieve onlinegeschilbeslechting aan de orde. Dat blijft een kwetsbaar punt: garanties zijn bij offlinegeschilbeslechting al moeilijk te geven, maar in geval van onlinegeschilbeslechting is dat nog lastiger. Transparantie was het derde aspect dat in dit kader werd genoemd. Dit is eigenlijk van belang voor alle procedures, digitaal of niet, gevoerd voor de overheidsrechter of niet. Toch kan het voor onlinegeschilbeslechting nog meer gelden omdat hetgeen daar tijdens de procedure gebeurt, minder ‘grijpbaar’ is voor partijen.

In het kader van onlinegeschilbeslechting wordt nogal eens gewezen op het belang van vertrouwen. Dat is inderdaad onmisbaar, al geldt dat eigenlijk ook voor andere vormen van alternatieve geschilbeslechting, aangezien partijen er anders niet voor zullen kiezen. Een extra hindernis voor dat vertrouwen zal wellicht de techniek zijn: is de methode van geschilbeslechting gebruiksvriendelijk oftewel hanteerbaar en, ook afhankelijk van technische mogelijkheden: is de privacy voldoende

⁹⁰ Art. 9 sub b voorstel ODR-verordening.

⁹¹ Art. 10 sub a ODR-verordening jo. art. 8 sub e ADR-richtlijn.

gewaarborgd? Problemen die bij digitale geschilbeslechting kunnen rijzen, kunnen zich evenwel in veel gevallen ook bij offlinegeschilbeslechting voordoen.

Er zijn ten aanzien van onlinegeschilbeslechting voordelen genoeg aan bod gekomen in deze bijdrage. Maar niet alleen maar voordelen. Bovendien zal, zoals opgemerkt, onlinegeschilbeslechting soms minder geschikt zijn. Wat de hanteerbaarheid betreft: terecht heeft het Europese Hof van Justitie in het *Alassini*-arrest bepaald dat de elektronische weg niet de enige toegang tot de alternatieve procedure mag zijn. Ook in dat opzicht moet er iets te kiezen zijn: niet iedereen is thuis in de digitale wereld.

De executoriale verkoop van registergoederen via internet*

Mr. F.J. Vonck

1 Inleiding

Het recht rondom de executoriale verkoop van onroerend goed wordt gemoderniseerd. Op 22 november 2012 heeft minister Opstelten wetsvoorstel 33 484 ingediend bij de Tweede Kamer, inmiddels heeft een aantal schriftelijke rondes over het voorstel plaatsgehad en op het moment van schrijven is de plenaire behandeling in de Kamer aanstaande.¹ Kortom, men is er druk mee bezig. En wie googelt op het getal 33484, kan het gevoel van absolute politieke hoogspanning nauwelijks onderdrukken. Dus dat belooft wat! Helaas heeft dat laatste echter helemaal niets te maken met het wetsvoorstel zelf; 33484 is de postcode van het Amerikaanse plaatsje Delray Beach, gelegen in het district Palm Beach, Florida. Een op het eerste oog ietwat onbeduidende plek, die echter grote bekendheid verwierf tijdens de Amerikaanse presidentsverkiezingen van het jaar 2000. Ruim 19.000 inwoners van het sterk Democratische district bleken niet in staat het verwarrende stembiljet dat er werd gehanteerd op de juiste wijze in te vullen, waarna – diverse hertellingen en gerechtelijke procedures later – niet Al Gore, maar George W. Bush als president werd beëdigd.

Dat de politieke belangstelling voor de modernisering van de executieverkoop minder groot is, mag op zichzelf natuurlijk geen wonder heten. En het zal ook niet verwonderen als de aandacht voor het onderwerp meteen weer verslapt, zodra het voorstel tot wet is verheven. Daarom is het belangrijk dat nu wordt gezorgd voor hanteerbare en toekomstbestendige regelgeving. Dat belang wordt naar mijn mening op één onderdeel onvoldoende onderkend. Ik doel op de voorgestelde wijziging van artikel 519 Rv. De minister stelt voor in die bepaling te verankeren dat de openbare verkoop uitsluitend of gelijktijdig met de veiling in een zaal, via het internet kan plaatsvinden. Mijn bezwaar tegen die bepaling is dat ik haar onnodig vind; ook onder de bestaande regelgeving kan de executoriale verkoop van onroerende zaken mijns inziens al (mede) via het internet worden georganiseerd. In de praktijk wordt ook al veelvuldig van die mogelijkheid gebruikgemaakt. Bovendien heeft de invoering van dit wetsartikel als onbedoeld en ongewenst gevolg dat het wettelijke

* De auteur is in 2010-2011 als adviseur betrokken geweest bij het opzetten van internetveilingen, door twee (landelijk opererende) organisaties van notarissen die daarmee inmiddels – dus al vóór de invoering van het in dit artikel besproken wetsvoorstel – zijn begonnen. Deze bijdrage, afgerond op 11 maart 2014, is een geactualiseerde herpublicatie van de naar aanleiding van deze advisering verschenen bijdrage Vonck 2011.

1 Zie over dit wetsvoorstel – dat op 15 april 2014, dus kort na de afronding van deze bijdrage, door de Tweede Kamer is aangenomen – o.a. Van Oostrom-Streep 2013.

keurslijf van de executieveilingen strakker wordt.² Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van schepen: daar kan de veiling mijns inziens nu nog via het internet plaatsvinden, maar na de invoering van het wetsvoorstel niet meer.

Ter onderbouwing van dit standpunt ga ik eerst nader in op de precieze ruimte die de huidige wettekst voor de internetveiling biedt. Daartoe breng ik in paragraaf 2 in kaart in hoeverre het in het algemeen mogelijk is om nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen (zoals de digitalisering van de samenleving) in te passen in het bestaande recht. Het zal blijken dat daarvoor altijd een zekere ruimte bestaat, maar dat de omvang van die ruimte mede afhankelijk is van het karakter van de betreffende wettelijke regeling en de bewoordingen van de wettekst. Vervolgens wordt tegen die achtergrond het karakter van de regeling in titel 3.2 Rv nader onder de loep genomen (paragraaf 3) en wordt bezien in hoeverre de bewoordingen van de wet aan een internetveiling in de weg staan (paragraaf 4). In paragraaf 5 wordt ten slotte besproken in hoeverre het wenselijk is om de mogelijkheid van een internetveiling in de wettekst te expliciteren.

2 De digitalisering van de samenleving en de ontwikkeling van het (civiele) (proces)recht

Naarmate de tijd sinds de invoering van een nieuw wetboek verder verstrijkt, ontkomt de rechter er vaak niet aan een interpretatie van de wettekst te kiezen die minder aansluit op letterlijke bewoordingen. Immers, de samenleving verandert, terwijl de wettekst lange tijd hetzelfde blijft – en *lex semper loquitur*, ofwel: de wet spreekt altijd.³ Hoe anders dan door een grote vrijheid tot interpretatie van de geldende wet te nemen, kon men bijvoorbeeld tot 1992 uit de voeten met een wettekst die vóór de uitvinding van auto en televisie is ingevoerd, zonder dat adagium geweld aan te doen?

Voor na belangrijke maatschappelijke ontwikkelingen werpt zich de vraag op hoe die in het bestaande wettelijke regime moeten worden ingepast. De digitalisering van de samenleving en in het bijzonder de opkomst van het internet is zo'n ontwikkeling. Dat komt treffend naar voren in de artikelen die Fikkers en Salomons aan het begin van dit millennium in het *WPNR* hebben gepubliceerd, waarin de vraag gesteld werd of in artikel 3:86 lid 3 sub a BW onder 'een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan met de bij het een en ander behorende grond' inmiddels ook een zogenoemde 'webwinkel' begrepen mocht worden.⁴ Bevestigende beantwoording van die vraag zou tot gevolg hebben dat de koper van gestolen goederen via

2 Vgl. Visser 2013, p. 86.

3 Vgl. Lokin & Zwolve 2006. Zie tevens, meer in het algemeen over deze problematiek, Lokin 1984, ook verschenen als Lokin 1994. Het genoemde adagium komt bij ons tot uitdrukking in het (o.a.) in art. 13 Wet AB gecodificeerde rechtsweigeringsverbod.

4 Fikkers 2000 en Salomons 2000. Zie over die problematiek ook de bijdrage van Koops & Verheul in deze bundel. Opvallend is overigens dat Salomons, wiens artikel betrekking heeft op de (brede) vraag naar de mogelijkheden om de digitalisering van de samenleving in te passen in het geldende burgerlijk recht, op p. 906 van zijn bijdrage al de vraag opwerpt of een executerende pandhouder kan kiezen voor een internetveiling. Hij beantwoordt deze vraag echter niet.

internet, ook in de eerste drie jaar na de diefstal derdenbescherming zou kunnen genieten. Fikkers pleit ervoor om de bepaling ruim uit te leggen en ook een aankoop in een webwinkel onder het bereik van artikel 3:86 lid 3 sub a BW te brengen. Naar haar opvatting moet het geen verschil maken of wordt gekocht in een webwinkel of in een normale winkel. Salomons brengt daar begrijpelijke kritiek tegenin. Kern van zijn betoog is dat er verschil bestaat tussen het *ius constitutum* en het *ius constituendum*, ofwel tussen het geldende recht en het recht dat zou moeten gelden. Naar zijn opvatting valt de webwinkel eenvoudigweg niet goed in artikel 3:86 lid 3 sub a BW in te passen: 'geen andere wetsebepaling is zozeer toegesneden op de digitale samenleving als artikel 3:86 lid 3 sub a', aldus Salomons. Deze discussie legt bij uitstek bloot waar het vaak om draait bij rechtsvindingsvraagstukken: mag een rechter de wettekst zo extensief 'uitleggen' dat hij de ogenschijnlijk duidelijke taal die daarin gesproken wordt in feite naast zich neerlegt?

Bij de beantwoording van die vraag moet mijns inziens worden bedacht dat een extensieve interpretatie van de wettekst verschillende doelen kan dienen. In de eerste plaats kan op het eerste oog geen wettekst geschreven zijn voor een feitencomplex waarop de wetgever bij de invoering van de codificatie niet bedacht is geweest. In zo'n situatie is extensieve interpretatie (men spreekt dan meestal van 'analoge toepassing'⁵) haast per definitie geboden, omdat het probleem nu eenmaal aan de hand van de vigerende wettekst *moet* worden opgelost. Een voorbeeld hiervan kan worden ontleend aan de discussie die Berger en Ploeger voerden, over de vraag wie eigenaar is van de kerkbrug te Schipluiden.⁶ De betreffende brug rust op twee oevers en op twee pijlers in de bedding van het water, terwijl beide oevers en de bedding ieder een andere eigenaar hebben. Hoewel de regels voor mandeligheid niet specifiek voor dit soort van situaties zijn geschreven, wordt terecht voorgesteld die regels toch maar toe te passen: het geval is sterk met de mandeligheid verwant en het vraagstuk moet nu eenmaal aan de hand van de geldende regels worden opgelost. Er is in zo'n situatie weinig op tegen om het niet zo nauw te nemen met de letterlijke bewoordingen van de wet.

De vraag of een extensieve toepassing van een wetsebepaling geoorloofd is, krijgt een ander karakter wanneer, zoals in de discussie tussen Salomons en Fikkers, het gaat om de verhouding tussen een hoofdregel en de wettelijke uitzondering daarop. Consequentie van een strikt grammaticale uitleg van de uitzondering is immers niet dat er helemaal geen recht meer zou gelden, maar slechts de toepasselijkheid van de hoofdregel. De verplichting van de rechter om over een dergelijk geval een oordeel te geven, noodzaakt in zo'n geval dus niet tot een extensieve uitleg. Om die reden mag van een rechter worden verwacht dat hij terughoudender is om aan de wettekst een uitleg te geven die niet strookt met de conventionele betekenis van de bewoordingen daarvan. Hij dient volgens de wet recht te spreken en kan de gebruikelijke betekenis daarvan dus niet licht terzijde stellen. Dat betekent mijns inziens echter

5 Asser/Scholten Algemeen deel* 1974, p. 69-72 schrijft m.i. terecht dat het aannemen van een principiële scheiding tussen analogie en extensieve interpretatie wetenschappelijk onhoudbaar is.

6 Berger 1995, met reactie van Ploeger 1996 en een naschrift van Berger 1996.

niet dat die ruimte geheel ontbreekt. Voorkomen moet namelijk worden dat het enkele feit dat de wetgever een bepaald feitencomplex bij de totstandkoming van de wet niet heeft voorzien, tot gevolg heeft dat twee situaties die maatschappelijk inmiddels volledig met elkaar gelijk worden gesteld, juridisch nog steeds ongelijk worden behandeld. Dat brengt de rechtseenheid op onaanvaardbare wijze in gevaar. Voor het geschilpunt tussen Fikkers en Salomons betekent dat naar mijn mening dat er wel degelijk iets voor te zeggen zou zijn, wanneer een rechter de bestolen recht-hebbende van een zaak een beroep onthoudt op de letterlijke tekst van artikel 3:86 lid 3 BW als een derde de bewuste zaak niet in een winkelpand heeft gekocht, maar bijvoorbeeld op een website als 'bol.com'.⁷ Salomons heeft natuurlijk gelijk wanneer hij stelt dat een dergelijk oordeel met de letterlijke tekst van die bepaling nauwelijks valt te rijmen. Dat neemt echter anderzijds niet weg dat goed verdedigbaar is dat een rechter die constateert dat de genoemde aankoop op bol.com maatschap-pelijk volstrekt gelijk wordt gesteld met een aankoop in een winkel, terwijl dat bij de totstandkoming van het toepasselijke wettelijke voorschrift niet was voorzien, de ruimte neemt om beide (maatschappelijk gelijke) gevallen ook juridisch gelijk te behandelen. De tekst van de wet kan een dergelijke uitleg soms moeilijk maken, maar mijns inziens nooit geheel onmogelijk.⁸

Aan de twee hierboven genoemde gevallen van extensieve uitleg van de wet, kan het geval worden toegevoegd waarin de vraag voorligt of een bepaalde juridische constructie al dan niet mogelijk is. Een voorbeeld van zo'n geval vormt de vraag of de executoriale verkoop van onroerend goed ook via internet kan plaatsvinden. Ook dan noopt de plicht van de rechter om recht te spreken op zichzelf niet tot extensieve interpretatie: de rechter kan ook uitspreken dat de constructie *niet* mogelijk is. Anderzijds bestaat mijns inziens ook in dit soort gevallen altijd een zekere ruimte voor extensieve uitleg. Ook hier kan een bij de invoering van de wet onvoorziene maat-schappelijke ontwikkeling overtuigende argumenten aandragen om het beroep van een rechtszoekende op de letterlijke bewoordingen van de wet – wanneer die zich tegen de nieuwe juridische constructie lijken te verzetten⁹ – niet te honoreren. In zoverre is er mijns inziens geen verschil met de hierboven behandelde vraag inzake de reikwijdte van artikel 3:86 lid 3 BW.

7 Een dergelijk oordeel kan thans ook vrij eenvoudig worden gegrond op art. 3:13 BW, maar Lokin 1984, p. 44-50 (c.q. Lokin 1994, p. 32-37) stelt terecht dat de rechter deze ruimte uit de aard der zaak al heeft, zodat de codificatie van dit soort regels in wezen overbodig is.

8 Vgl. reeds Asser/Scholten Algemeen deel* 1974, p. 40 e.v., die opmerkt dat een uitlegging in strijd met de woorden van de wet niet snel zal worden aanvaard, maar dat het wel mogelijk is. Scholten schrijft terecht dat het gezag van de woorden van de wet vermindert naarmate de wetgeving ouder wordt. Een toepassing naar de geest van de bepaling kan dan een uitleg rechtvaardigen die met de letterlijke bewoordingen van het toepasselijke artikel niet goed te rijmen is.

9 In het vervolg van deze bijdrage zal duidelijk worden dat de bewoordingen en de strekking van titel 3.2 Rv zelf over het algemeen al een grote ruimte bieden voor extensieve interpretatie.

3 De aard en strekking van de regeling van titel 3.2 Rv

Tegen de achtergrond van het voorgaande is het allereerst relevant te onderzoeken hoe strak het keurslijf van titel 3.2 Rv nu werkelijk is. Niet alleen de aard van de maatschappelijke ontwikkeling die men in het rechtssysteem wil inpassen, maar ook de ruimte die het wettelijke systeem voor interpretatie laat, is immers van belang. Zoals hierboven is uitgewerkt bestaat naar mijn mening altijd een zekere ruimte voor uitleg, maar die is in het ene geval groter dan in het andere. In hoeverre een dergelijke ruimte bestaat, is er enerzijds van afhankelijk hoe (on)duidelijk de toepasselijke bepalingen zijn geformuleerd, maar anderzijds moet ook – meer in abstracto – de strekking van de toepasselijke regeling in acht worden genomen. Bezien we, tegen de achtergrond van dat laatste, het karakter van de regeling in titel 3.2 Rv nader, dan valt op dat de openbare veiling van registergoederen een uiterst summiere wettelijke regeling kent. Slechts zestien artikelen (art. 514-529 Rv) zijn aan het onderwerp gewijd.¹⁰ De precieze werking van de veiling en de gang van zaken in de veilingzaal worden niet wettelijk geregeld. Daarvoor zal de notaris op de voet van artikel 517 Rv zogenoemde veilconditiën moeten vaststellen. Eventuele geschillen daarover kunnen aan de voorzieningenrechter worden voorgelegd (art. 518 Rv). Doorgaans gebruikt men de ‘Algemene Veilingvoorwaarden Voor Executieveilingen 2006’ (AVVE 2006), gecombineerd met de bijzondere veilingvoorwaarden die specifiek zijn afgestemd op het te veilen object. Daartoe verplicht de regeling in Rv echter niet: de wetgever heeft bij de vaststelling van het wettelijke regime juist een grote vrijheid aan de notaris toegedacht om de veilconditiën steeds zo goed mogelijk af te stemmen op de individuele omstandigheden van het geval. Die gedachte klinkt ook door in de memorie van toelichting bij artikel 517 Rv:

‘De veilingvoorwaarden kunnen desgewenst verwijzen naar de plaatselijke gebruiken of daarmee overeenstemmende regels opnemen. Dit is van belang omdat noch in het nieuwe artikel 519, noch in artikel [3:268 BW] de plaatselijke gebruiken rechtstreeks van toepassing worden verklaard, zoals het huidige artikel 537a in verbinding met artikel 1255 BW dit wèl doet. Er is geen waarborg dat deze plaatselijke gebruiken die deels van zeer oude datum zijn, nog in deze tijd voor een goed als waarom het hier gaat passen. Het verdient daarom de voorkeur om ook hier de notaris en de executant de vrije hand te laten. Tegen misbruik van de hier bedoelde vrijheid waakt in de eerste plaats het feit dat de notaris jegens alle belanghebbenden gehouden is de verkoop aldus te doen plaatsvinden, dat een zo hoog mogelijke opbrengst verwacht mag worden en voorts ook de bevoegdheid van de belanghebbenden om langs de weg van artikel 518 tegen een voorgenomen wijze van verkoop bezwaar te maken.’¹¹

Deze passage geeft een indruk van wat de wetgever op het oog had bij de invoering van de wettelijke regeling: een beperkt wettelijk kader, met een grote ruimte voor de

10 Daarnaast zijn er nog wel bijkomende bepalingen die specifiek zien op de veiling door de hypotheekhouder (art. 3:268 BW en 544-549 Rv).

11 Parl. Gesch. Wijz. Rv. (Inv. 3, 5, 6), p. 240 (MvT).

notaris om bij het opstellen van de toepasselijke veilingvoorwaarden acht te slaan op de individuele omstandigheden van het geval, teneinde een zo hoog mogelijke opbrengst te behalen.¹² Daarbij heeft de wetgever zich uitdrukkelijk rekenschap gegeven van de mogelijkheid van een veranderende tijdgeest: ook daarmee kan de dienstdoende notaris rekening houden bij het opstellen van de veilconditiën. Wanneer de notaris misbruik van die bevoegdheid maakt, kunnen belanghebbenden de procedure van artikel 518 Rv voeren. Ik leid hieruit af dat de verantwoordelijkheid voor het creëren van een optimale regeling voor (individuele) vastgoedveilingen verplaatst is: de wetgever heeft dat niet zelf naar zich toe getrokken, maar bij de notaris neergelegd, die zijn taak vervult onder toezicht van de rechter.

Hoewel blijkt het voorgaande de wetgever met de invoering van titel 3.2 Rv een uiterst flexibele regeling heeft nagestreefd, heeft deze flexibiliteit al kort na die invoering ter discussie gestaan. Huijgen – die inmiddels overigens een wat gematigder standpunt lijkt te verdedigen – schreef dat de executoriale verkoop van onroerende zaken verplicht diende plaats te vinden in het arrondissement waarin de zaak zich bevindt.¹³ Hij bepleitte dat onder ‘de bevoegde notaris’ in artikel 3:268 lid 1 BW en artikel 514 lid 1 Rv slechts een notaris kon worden begrepen die zijn standplaats had in het arrondissement waarin het onroerend goed gelegen was. In samenhang met de destijds op grond van de Wet op het Notarisambt geldende regel dat men als notaris slechts in zijn eigen arrondissement bevoegd was, zou die uitleg tot gevolg hebben dat alle onroerend goed moet worden geveild in het arrondissement waarin het gelegen was. Ter argumentatie noemt hij onder andere dat het woord ‘bevoegde’ in artikel 3:268 lid 1 en artikel 514 lid 1 Rv anders niets zou toevoegen aan de regeling in de Wet op het Notarisambt en dat op deze manier de plaatselijke gebruiken – waarvan de lokale notaris immers het beste op de hoogte is – ten volle tot hun recht kunnen komen. Interessant zijn in het bijzonder de bezwaren die Gerver tegen de opvatting van Huijgen inbrengt, in zijn reactie op diens artikel. Gerver vindt een dergelijk stringente interpretatie van de woorden ‘bevoegde notaris’ – waartoe de letterlijke bewoordingen van de wet op zichzelf ook niet noodzaken – niet juist. Hij stelt dat – anders dan vroeger – niet meer per se volgens de plaatselijke gewoonte hoeft te worden geveild: ‘Er is maar één maatstaf: het belang zowel voor de executant als voor de geëxecuteerde een zo hoog mogelijke opbrengst te bereiken.’ Gerver wijst op de verantwoordelijkheid die de notaris in dit verband gekregen heeft. Hij dient zich ten doel te stellen een zo hoog mogelijke opbrengst te behalen en daarbij kan het zelfs zijn *plicht* zijn om buiten het arrondissement waarin de zaken gelegen zijn te veilen. In zijn naschrift wijst Huijgen erop dat eventueel onrechtmatig handelen door de hypotheekhouder en de veilingnotaris

12 Verhoging van de opbrengst is ook van de thans voorliggende wetswijziging het uitdrukkelijke doel. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 3, p. 1. Zie uitvoerig over het doel van de veiling Visser 2013, p. 64 e.v.

13 Huijgen 1992a, met reacties van Breedveld-de Voogd 1992 en Gerver 1992 en een naschrift van Huijgen 1992b. In Huijgen 2014, nr. 24 klinkt inmiddels een gematigder geluid. Gerver 2001 verwijst niet meer naar de discussie, maar hij herhaalt wel zijn standpunt dat het woord ‘bevoegd’ in art. 3:268 lid 1 BW overbodig is: ‘een niet bevoegde notaris mag zijn ambt niet uitoefenen. Hetgeen een open deur intrappen is.’

moeilijk is aan te tonen en dat het waarschijnlijker lijkt ‘dat de wetgever, die juist waakt voor de belangen van de hypotheekgever, dit in overeenstemming met de bestaande praktijk gebaseerd op artikel 1223 lid 2 (slot) BW (oud) juncto artikel 1225 BW (oud) via de zinsnede “bevoegde notaris” heeft willen regelen’.

De discussie tussen Huijgen en Gerver is interessant, omdat ze duidelijk maakt welk misverstand gemakkelijk kan rijzen met betrekking tot de strekking van titel 3.2 Rv: Huijgen stelt op zichzelf terecht dat de wetgever waakt voor de belangen van de hypotheekgever; dat gebeurt echter niet met een strak wettelijk keurslijf, maar door een beëdigd ambtenaar (de notaris) te belasten met de organisatie van de veiling, opdat in iedere individuele situatie kan worden gekozen voor een veiling die het best beantwoordt aan de omstandigheden van het betreffende geval. Een tweede waarborg is gelegen in de mogelijkheid om de veilingvoorwaarden bij de voorzieningenrechter aan te vechten.

Rechterlijke uitspraken over deze materie zijn slechts beperkt beschikbaar en – omdat tegen deze uitspraken van de voorzieningenrechter geen hoger beroep openstaat – per definitie van lagere rechters. De uitspraken die er wel zijn, wekken echter de indruk dat de rechtspraak de flexibiliteit van titel 3.2 Rv onderkent. Ik wijs op een vonnis van de Rechtbank Alkmaar, dat handelt over artikel 463a Rv (het equivalent van art. 518 Rv voor de executoriale verkoop van roerende zaken).¹⁴ In het betreffende geval had een gemeente beslag gelegd op roerende zaken en deze in bewaring gegeven aan de Dienst der Domeinen Roerende Zaken. De gemeente vraagt de voorzieningenrechter om goedkeuring voor een executoriale verkoop van deze zaken bij inschrijving via de Dienst Domeinen te Soesterberg, e.e.a. op basis van de gebruikelijke veilingvoorwaarden die deze dienst hanteert. Een dergelijke wijze van veiling is lastig in overeenstemming te brengen met de letterlijke bewoordingen van de regeling in Rv: in het bijzonder valt in dat verband op dat een veiling ‘bij inschrijving’ iets anders is dan een veiling ‘bij opbod’. Nadat echter de voorzieningenrechter heeft aangegeven dat toepassing van artikel 463a Rv eigenlijk pas aan de orde is in geval van een concreet geschil, terwijl bij gebreke daarvan hij onbevoegd is, aarzelt hij niet om – in een *obiter dictum* (r.o. 3.3.) – te overwegen

‘dat de door de gemeente voorgestane verkoop de voorzieningenrechter niet onredelijk voorkomt. Ter zitting heeft de gemeente voldoende aannemelijk gemaakt dat door de verkoop bij inschrijving doorgaans een hogere opbrengst wordt gegenereerd dan bij verkoop bij opbod. Omdat bij executoriale verkoop het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst voorop staat, lijkt de beoogde wijze van verkoop het meest tegemoet te komen aan het belang van de gemeente en het belang van de [gerekwestreeerde]’.

Een andere uitspraak die in dit verband relevant is, is van de Rechtbank Arnhem.¹⁵ In het betreffende geval stond artikel 516 Rv centraal, waar geregeld wordt dat de veiling in een plaatselijk verspreid dagblad moet worden aangekondigd. De notaris

14 Rb. Alkmaar 15 november 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BB8597.

15 Rb. Arnhem 23 juni 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY4953.

had dat nagelaten en slechts een bericht geplaatst op de website www.veilingnotaris.nl. Volgens de rechtbank was deze handelwijze niet op voorhand onrechtmatig:

‘Dat mr. [gedaagde2] de veiling van het pand aan de [adres] volgens de curator niet heeft aangekondigd in een plaatselijk verspreid dagblad, zoals artikel 516 Rv vereist, maar alleen bekend heeft gemaakt via de website www.veilingnotaris.nl, betekent nog niet dat de gekozen wijze van bekendmaking niet toegestaan is. Bovendien kan met een dergelijke moderne manier van bekendmaking mogelijk een hogere executieopbrengst worden bewerkstelligd.’

Beide uitspraken bevestigen de mogelijkheid van een flexibele toepassing van het wettelijke regime. Toch is het enigszins de vraag hoe representatief deze uitspraken zijn: in de eerste plaats gaat het om uitspraken van rechtbanken (en niet van gerechtshoven of van de Hoge Raad), terwijl er in de tweede plaats wel iets voor te zeggen is dat in deze uitspraken de wettelijke regeling té extensief wordt toegepast. De uitspraak van de Rechtbank Alkmaar vind ik uiteindelijk goed te billijken: onder een verkoop bij opbod wordt normaliter weliswaar iets anders begrepen dan onder een verkoop bij inschrijving, maar het ligt in de rede dat de doelen van een opbodveiling ook goed (volgens de rechtbank zelfs beter) tot hun recht kunnen komen bij een verkoop bij inschrijving.¹⁶ Met het vonnis van de Rechtbank Arnhem heb ik meer moeite, omdat een aankondiging van de veiling in een plaatselijk verspreid dagblad een zelfstandig doel dient, namelijk het aantrekken van buurtgenoten (die vaak beter met het te veilen object bekend zijn dan anderen).¹⁷ Een melding op een website trekt daarentegen veeleer degenen die meer in het algemeen (met een handelsoogmerk) in vastgoedveilingen zijn geïnteresseerd. Tegen die achtergrond vind ik het niet onbegrijpelijk dat de notaris in deze kwestie er bij de tuchtrechter niet zonder kleerscheuren van af is gekomen.^{18,19}

4 De ruimte voor een internetveiling onder het geldende recht

4.1 De bewoordingen van de wet

In het voorgaande is duidelijk geworden dat de rechter altijd een zekere ruimte heeft om een nieuwe maatschappelijke ontwikkeling in het wettelijke regime in te passen. Dat geldt in versterkte mate waar het de gang van zaken betreft bij de executoriale

16 Helemaal duidelijk is dat overigens niet, omdat voorstelbaar is dat een opbodveiling de aanwezigen stimuleert om hun voorgenomen maximale bod iets te overschrijden, wanneer ze merken dat iemand anders zich ongeveer hetzelfde maximum voorgenomen heeft.

17 Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 3, p. 6.

18 Hof Amsterdam (Notariskamer) 13 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC2012. Opvallend is overigens dat in de uitspraak van het hof tot uitdrukking komt dat er wel degelijk een advertentie is geplaatst, maar dat in die advertentie niet is voldaan aan het voorschrift van art. 547 lid 2 Rv, om aan te geven dat voorafgaand aan de veiling onderhandse biedingen kunnen worden gedaan. Voor mijn betoog is dat verschil echter van ondergeschikt belang.

19 In het wetsvoorstel wordt overigens uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid met een digitale advertentie te volstaan.

verkoop van onroerend goed, omdat de wetgever reeds bij de totstandkoming daarvan het oog heeft gehad op een systeem waarin de verantwoordelijkheid voor die gang van zaken in hoofdzaak ligt bij de dienstdoende notaris. In deze paragraaf wordt verdere aandacht besteed aan de ruimte die de precieze bewoordingen van de wet laten voor een internetveiling.

Artikel 514 Rv vereist in de eerste plaats dat de veiling ‘ten overstaan van de notaris’ wordt gehouden. Voormalig minister Van der Laan heeft aangegeven dat dit vereiste thans aan een internetveiling in de weg zou staan, omdat bij de totstandkoming van de wettekst uitsluitend is gedacht aan de fysieke aanwezigheid van de notaris.²⁰ Dat argument overtuigt niet: het gaat immers niet om de precieze voorstelling van de wetgever bij de totstandkoming van de wettekst (dan zou bijna elke maatschappelijke ontwikkeling tot een wijziging van de wet noodzaken), maar om de ruimte die de wettekst biedt voor een soepele interpretatie en om de aanvaardbaarheid daarvan in het licht van het doel van de wettelijke regeling. Een uitleg waarbij de vereiste aanwezigheid niet per se in fysieke zin begrepen wordt, lijkt mij niet problematisch, mits de notaris op die manier zijn toezichthoudende taak op het ordelijke verloop van de veiling even goed kan vervullen als bij een veiling die enkel in de zaal plaatsvindt. Tegen die achtergrond lijkt het me bijvoorbeeld niet toelaatbaar om het vereiste van artikel 514 Rv aldus op te vatten dat voldoende is wanneer een notaris tijdens een zaalveiling vanaf zijn kantoor via een webcam meekijkt. Tegen het bieden via internet met ‘digitaal toezicht’ van de notaris zie ik echter geen bezwaar in de bewoordingen van artikel 514 Rv. Daarvoor vind ik overigens steun in het wetsvoorstel, waarin de bewoordingen ‘ten overstaan van de notaris’ niet zijn aangepast. Kennelijk meent men dat die formulering als zodanig niet per se aan een ‘digitale aanwezigheid’ in de weg staat.²¹

Artikel 515 Rv maakt duidelijk dat de veiling op een bepaalde ‘plaats’ moet worden gehouden. Ook deze term kan gemakkelijk worden uitgelegd als een digitale locatie, terwijl er mijns inziens geen goede redenen zijn om dat niet te doen. Wiertsema heeft echter verdedigd dat naar geldend recht wel slechts op een fysieke locatie kan worden geveild.²² Hij trekt een parallel met de discussie die in het vennootschapsrecht speelt in het kader van artikel 2:116 BW, dat regelt op welke plaats de algemene vergadering van aandeelhouders van een NV moet worden gehouden. Sinds 2007 kan op grond van artikel 2:117a BW elektronisch worden deelgenomen, en gestemd worden op een AvA. Niettemin is vastgehouden aan het vereiste van een fysieke bijeenkomst, wat in de MvT als volgt is gerechtvaardigd: ‘Gelet op de

20 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 3209. De MvT bij het wetsvoorstel gaat uit van een tegengestelde gedachte. De inmiddels plaatsvindende executoriale verkopen via internet worden door de minister als ‘nuttig en op een positieve wijze complementair aan dit wetsvoorstel’ gekarakteriseerd. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 3, p. 3. De vraag naar de hedendaagse betekenis van de woorden ‘ten overstaan van’ is ook aan de orde in Hof ‘s-Hertogenbosch 10 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2988, dat het antwoord uiteindelijk in het midden laat.

21 Zie uitdrukkelijk *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 3, p. 7, waar wordt opgemerkt dat bij een veiling via internet aan het vereiste wordt voldaan doordat de notaris via de digitale weg toeziet op de veiling.

22 Wiertsema 2009.

waarborgen die gediend worden met een fysieke bijeenkomst en de functie van de algemene vergadering van aandeelhouders als plaats van discussie, verantwoording en besluitvorming, bestaat er geen aanleiding het vereiste van een fysieke bijeenkomst te verlaten.²³ Wiertsema trekt deze lijn door naar de executieveiling, waar volgens hem ook de eis van een fysieke locatie geldt. 'Een veiling is weliswaar geen algemene vergadering van aandeelhouders, maar in beide gevallen is er sprake van een proces waarbij meerdere personen in staat worden gesteld om op elkaar te reageren', aldus Wiertsema. Deze vergelijking overtuigt mij niet. De keuze voor een fysieke bijeenkomst is in het vennootschapsrecht gelegen in de betekenisvolle rol die zo'n bijeenkomst heeft 'in de gehele procedure van gedachtevorming, beradslaging en besluitvorming door aandeelhouders'.²⁴ Daar is iets voor te zeggen: gesprekspartners die tegenover elkaar zitten, begrijpen elkaar in het algemeen nu eenmaal beter dan degenen die slechts schriftelijk (of via een webcam) communiceren. Die eigen dynamiek, die wenselijk is bij een AvA, is dat bij een executieveiling bij uitstek niet. Daar is het juist ongewenst dat men bijvoorbeeld aan iemands lichaamstaal kan zien dat deze op het punt staat om af te mijnen.²⁵

Op de voet van artikel 519 Rv moet de veiling 'in het openbaar' plaatshebben, 'eerst bij opbod en vervolgens bij afmijning'. Bij het eerste vereiste gaat het erom dat de veiling geen besloten karakter heeft. Terecht wordt er in de literatuur dan ook van uitgegaan dat een veiling die via internet gehouden wordt in beginsel aan dit vereiste voldoet.²⁶ Dat geldt in versterkte vorm voor een veiling die in de zaal wordt gehouden en waaraan digitaal kan worden deelgenomen. De vraag is dan nog wel in hoeverre de eis van openbaarheid met zich brengt dat biedingen en afmijningen voor eenieder onmiddellijk kenbaar zijn, en niet pas wanneer de notaris of (onder diens toezicht) de veilingmeester dat bod heeft erkend. In zijn preadvies over de veiling, noemde Kuyk in 1936 als een van de redenen voor de openbaarheid het controleargument: 'het feit, dat alle handelingen, die den verkoop vormen, in het bijzijn geschieden van allen, die daarbij wensen tegenwoordig te zijn, schept een waarborg, dat een dergelijke verkoop op de meest regelmatige wijze zal worden gehouden'.²⁷ Mijns inziens is die waarborg echter met name gelegen in de betrokkenheid van de notaris en is het niet per se vereist dat voor degenen in de zaal onmiddellijk kenbaar is dat een bieding is gedaan. Niettemin kan het naar mijn mening ook geen kwaad om een dergelijke vorm van kenbaarheid in het systeem in te bouwen, bijvoorbeeld door middel van een geluid dat niet alleen aan de veilingmeester en notaris, maar ook aan alle aanwezigen duidelijk maakt dat via internet is geboden

23 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 6-7.

24 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 6.

25 Overigens is de dynamiek van de fysieke veiling wel een aandachtspunt in de MvT bij het wetsvoorstel. De minister wijst erop dat men zou kunnen vrezen dat het veilen via internet de emotie uit de veiling haalt. Hij voegt daar echter terecht aan toe dat de internetveiling weer een nieuwe dynamiek toevoegt: 'de spanning die in de veilingzaal heerst wordt vervangen door de spanning van het internet: partijen weten niet of er nog meer bidders zijn en als dat het geval is, wie dat zijn'. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 3, p. 4.

26 Zie Van Daal 2007 en Wiertsema 2009.

27 Kuyk 1936, p. 4. Vgl. ook Gräler 2004.

of afgemijnd. Niet vereist lijkt mij in ieder geval dat duidelijk is hoeveel mensen als ‘bieder’ ingelogd hebben, laat staan welke personen dat zijn: dergelijk informatie is ook bij een – ook voor niet in aankoop geïnteresseerden toegankelijke – zaalveiling niet kenbaar.

Met betrekking tot het vereiste van bieden ‘bij opbod’ lijken weinig problemen te verwachten in geval van een veiling die via internet wordt georganiseerd. Wel is dan overigens van belang dat in het digitale systeem een voorziening is ingebouwd, die regelt dat een bod pas geldt nadat het door de notaris (of onder diens toezicht de veilingmeester) is goedgekeurd: wanneer bij een zaalveiling door de gegadigden x en y vrijwel tegelijk een bod wordt uitgebracht, geeft de veilingmeester aan dat bijvoorbeeld x als eerste heeft geboden en dat zijn bod mitsdien geldt. In een digitaal systeem moet een dergelijk goedkeuringsmoment eveneens worden ingebouwd, om te voorkomen dat y – die dacht te klikken voor hetzelfde bedrag als x – in feite voor een hoger bod heeft geklikt. Zou de bieding van x automatisch tot gevolg hebben dat de latere muisklik van y een andere betekenis heeft, dan is het in voorkomende gevallen bezwaarlijk om aan te nemen dat de bieding van y als een rechtsgeldige rechtshandeling geldt.

Het woord ‘afmijning’ in artikel 519 Rv vormt wellicht de grootste hobbel in de richting van de conclusie dat de huidige wettekst geen beletsel vormt voor een internetveiling. *Van Dale* is in ieder geval duidelijk over de betekenis van het woord ‘afmijnen’: ‘koper, huurder of aannemer worden door eerder “mijn” te roepen dan een ander’. Eerder is in *WPNR* de rechtsvraag gesteld of het mogelijk is om in de veilingvoorwaarden te regelen dat kan worden gemijnd door bijvoorbeeld een bordje in de lucht te steken met daarop het woord ‘mijn’ geschreven.²⁸ Van Velten beantwoordt die vraag negatief. Hij geeft aan dat het roepen van het woord ‘mijn’ essentieel is en hij wijst daarbij op de mogelijkheid dat terwijl iemand aanstalten maakt zijn bordje op te steken, een ander ‘mijn’ roept. Ik ben met Van Velten eens dat de bewoordingen van artikel 519 Rv er in beginsel op duiden dat het woord ‘mijn’ geroepen moet worden. Gelet op hetgeen ik hierboven heb opgemerkt omtrent de ruimte die bestaat voor inpassing van de digitalisering van de samenleving in het juridische systeem, en op de flexibiliteit van de regeling in titel 3.2 Rv, vind ik een wat extensievere uitleg van het woord ‘afmijning’ echter gerechtvaardigd, mits op die manier de materiële waarborgen die gediend zijn met een systeem van afmijning tot hun recht kunnen komen. Niet toelaatbaar lijkt mij tegen die achtergrond dat in de veilingvoorwaarden geregeld wordt dat kan worden afgemijnd door het roepen van volzinnen als ‘dat lijkt mij een uitstekende prijs, notaris!’, of door middel van het opsteken van bordjes. Die methodes gaan immers uit van een proces dat voor derden waarneembaar is en enige tijd kost. Het door Van Velten geschetste risico kan zich daarbij gemakkelijk voordoen. Voorkomen moet worden dat deelnemers aan de veiling kunnen wachten totdat iemand anders mijnt, om dan – ogenschijnlijk tegelijk – zelf te mijnen. Bij de internetveiling – waarbij gemijnd wordt

met een muisklik – is die kans niet aanwezig. Om die reden staat ook dit vereiste mijns inziens niet aan het houden van een internetveiling in de weg.²⁹

4.2 Overige bezwaren tegen internetveilen?

De analyse in paragraaf 4.1 leert mijns inziens dat de geldende *wettekst* niet zonder meer aan een veiling via internet in de weg staat. Daarmee is echter nog niet gezegd dat deze wijze van veilen (in alle gevallen) is toegestaan. Zoals Gerver in de hiervoor aangehaalde discussie met Huijgen terecht aangaf, schrijft de wet uiteindelijk niet expliciet voor op welke locatie een bepaald perceel moet worden geveild, maar neemt dat niet weg dat uit de plicht van de notaris om een zo hoog mogelijke opbrengst na te streven, een dergelijke verplichting wel kan voortvloeien.³⁰

Of een executoriale verkoop via internet uiteindelijk tot hogere opbrengsten zal leiden, is vooralsnog lastig te beoordelen.³¹ Dat geldt echter voor iedere vernieuwing op dit terrein: ook bij de invoering van de regioveiling was niet aanstonds duidelijk of deze alleen zou leiden tot hogere executiekosten,³² of ook tot meer transparantie en hogere biedingen. Van de internetveiling blijft sterk de vraag of deze tot gevolg zal hebben dat meer particuliere biedingen zullen worden gedaan, omdat deze wijze van veiling uiteraard niet wegneemt dat aan het kopen op de veiling grote risico's verbonden zijn (op het gebied van de non-conformiteit van het object) en dat het vaak lastig is om bij een bank financiering te krijgen voor een koop op de veiling.³³ Niettemin staat de gedragsnorm van de notaris om een zo hoog mogelijke opbrengst na te streven naar mijn mening niet aan een executoriale verkoop via internet in de weg. Daarbij merk ik op dat verwacht mag worden dat ook het reguliere veilingpubliek gestimuleerd wordt om digitaal aan de veiling deel te nemen. Dat zou de thans nog wel voorkomende praktijk om andere gegadigden te ontmoedigen biedingen te doen – bijvoorbeeld door openlijk te suggereren dat er van alles mankeert aan het object – kunnen terugdringen. Ook is wellicht een zeker psychologisch effect te verwachten van het feit dat men bij een internetveiling (ook in de zaal) niet meer precies kan inschatten wie de andere geïnteresseerden zijn voor het betreffende object, hetgeen in voorkomende gevallen een extra stimulans zou kunnen zijn om zelf tot het uiterste te gaan. Tegen deze achtergrond lijkt de internetveiling me – in het licht van het doel van de veiling: het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst – een acceptabele keuze.³⁴ Daarbij ben ik wel enigszins terughoudend ten aanzien van de veiling die *alleen* via internet plaatsvindt: zo lang de internetveiling zich in

29 Vgl. Wiertsema 2009, nr. 4.

30 Gerver 1992, p. 852.

31 De minister wijst er echter op dat de internetveilingen over het algemeen een goede prijs opleveren. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 3, p. 7.

32 De extra kosten die gemoeid zijn met de mogelijkheid van een internetveiling worden voor de opstartperiode (van de eerste vijf jaar) geschat op ongeveer €150 per veilingobject.

33 Vgl. ook Ritsema en Dutmer 2010.

34 Hierbij verdient nog opmerking dat in de literatuur ook niet zozeer de *wenselijkheid* van een internetveiling ter discussie staat, maar veeleer de ruimte die de geldende wettekst daarvoor biedt.

de praktijk nog niet ten volle heeft bewezen, is het mijns inziens vooralsnog beter de veiling in de zaal met een internetveiling te combineren.

Belangrijk is voorts dat het technische systeem dat men hierbij gebruikt aan hoge betrouwbaarheidseisen voldoet, zodat het voor de notaris voldoende duidelijk is dat de bieder is wie hij zegt te zijn en zodat de internetbieders een reële mogelijkheid hebben om koper te worden wanneer zij het hoogste bedrag willen betalen. Het is technisch lastig om bidders via internet en bidders in de zaal volstrekt gelijke kansen te bieden.³⁵ De (inherente) vertragingen in het digitale verkeer zorgen ervoor dat internetbieders een luttel ogenblik later in de gelegenheid worden gesteld om een bod te doen of om af te mijnen dan de aanwezigen in de zaal. Zo'n kort ogenblik is lang genoeg om te kunnen stellen dat wanneer iemand in de zaal en een deelnemer via internet zich beiden hebben voorgenomen om op hetzelfde bedrag af te mijnen, de aanwezige in de zaal het object zal verkrijgen. Mijns inziens bestaat daartegen geen onoverkomelijk bezwaar: in de veiling gaat het niet primair om de belangen van de bidders, maar om het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst. In het verlengde daarvan dient men vanzelfsprekend de belangen van deze bidders in het oog te houden, maar dat staat niet voorop.³⁶ Wel moet mijns inziens zo veel mogelijk gewaarborgd zijn dat degene die het hoogste bod wil doen, uiteindelijk ook koper wordt. Daaraan wordt echter in beginsel voldaan, omdat de vertraging niet wegneemt dat wanneer een internetbieder hoger wil bieden dan een aanwezige in de zaal, zijn bod zal voorgaan. Het enige risico op dit punt doet zich voor wanneer een internetbieder zijn bod uitbrengt binnen de duur van de vertraging: in die periode kan zich de situatie voordoen dat iemand in de zaal eerder mijnt dan de internetbieder, maar voor een lager bedrag. De aanwezige in de zaal dient dan als koper te worden aangewezen, opdat voorkomen wordt dat het systeem de mogelijkheid biedt om te profiteren van kennis omtrent het biedgedrag van anderen.

Stel dat A en B beiden aanwezig zijn in de veilingzaal, maar B biedt (niet waarneembaar voor notaris of veilingmeester) mee via het internet op zijn mobiele telefoon. Op het moment dat A 'mijn' roept, heeft de veilingmeester net het bedrag van €116.000 genoemd. B heeft op dat moment nog een fractie van een seconde de mogelijkheid om af te mijnen op € 117.000. Zou men in zo'n geval B als koper

35 J.G. Gräler, *Handboek Registergoederenrecht 2010/2011*, p. 405 merkt, onder verwijzing naar Rb. Zwolle 31 oktober 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ1232, op dat gelijke kansen voor iedere potentiële bieder moeten worden geschapen. De redenering van de rechtbank (r.o. 2.5) ziet echter op het risico dat ongelijke kansen eraan in de weg staan dat het hoogste bod tot stand kan komen. Dat is hier niet aan de orde, terwijl bovendien eenieder die het hier geschatte risico van meebieden via internet niet wil aanvaarden, de vrijheid houdt om af te reizen naar de zaal. In dat opzicht zijn de kansen voor eenieder (voldoende) gelijk. In *Handboek Registergoederenrecht 2013/2014* is de opmerking van Gräler niet meer opgenomen. De nieuwe bewerk, I. Visser, vermeldt op p. 446 onder verwijzing naar het Zwolse vonnis dat gelijke kansen moeten worden geschapen, in die zin dat iedere potentiële koper voorafgaand aan het biedproces beschikt over dezelfde informatie.

36 Dat klinkt bijvoorbeeld ook door in de mogelijkheid van de veilingverkoper om niet te gunnen aan degene die het hoogste bod heeft uitgebracht. Zou dit echter structureel gebeuren, dan zou dat gegadigden ontmoedigen om aan de veiling deel te nemen.

accepteren, dan zouden internetbieders kunnen profiteren van kennis omtrent het biedgedrag van anderen (waarbij men zich bedenke dat het lastig controleerbaar is of mensen in de zaal via internet meebieden, terwijl ook niet goed valt uit te sluiten dat B een stroman heeft ingeschakeld om de telefoon op te nemen wanneer de notaris het ‘winnende’ bod verifieert). Dat is evident prijsdrukkend en dus ontoelaatbaar.

In een enkel geval kan dus niet worden voorkomen dat van twee biedingen het laagste bod moet worden aanvaard. Dat is niet bezwaarlijk, omdat men mag verwachten dat – net als tijdens de zaalveilingen – gegadigden onmiddellijk mijnen zodra het bedrag genoemd wordt (c.q. in beeld komt) en dat dus ook de bieders via internet niet zullen wachten totdat al bijna het volgende bedrag in beeld verschijnt. Het is immers ook voor henzelf riskant om dat te doen. Wel is het dan van belang dat de veilingmeester in de afmijnfase steeds voldoende tijd – iets meer dan de duur van de vertraging – laat verstrijken tussen het noemen van de verschillende bedragen. Hij moet niet dusdanig snel gaan dat een bepaalde prijs voor de internetbieders pas in beeld komt nadat de zaaldeelnemers al in de gelegenheid zijn gesteld om voor een lager bedrag af te mijnen. Als een internetbieder méér wil bieden dan een deelnemer in de zaal, moet hij daadwerkelijk koper kunnen worden.

Belangrijk is ten slotte ook dat de identiteit van de digitale bieders voldoende duidelijk is voor de notaris. De organisaties die al onder het geldende recht zijn begonnen met een veiling die mede via internet plaatsvindt, gebruiken daarvoor een digitale handtekening die door een notaris wordt verstrekt en die gekoppeld is aan een mobiel telefoonnummer, waarop een eventuele internetkoper onmiddellijk na de veiling door de notaris wordt gebeld. Als alternatief voor de in de zaal gebruikelijke verklaring van financiële goedgehoedheid, wordt van degene die via internet willen meebieden een waarborgsom gevraagd ter grootte van 1 procent van de door hem gewenste ‘biedlimiet’.

5 De wenselijkheid van een wettelijke regeling voor internetveilingen

Mijns inziens biedt de geldende wettekst voldoende ruimte om de executoriale verkoop van registergoederen via internet te laten plaatsvinden, vooral wanneer die wordt gecombineerd met een veiling in de zaal. Dat werpt de vraag op of de op handen zijnde wetswijziging, met een expliciete regeling voor de internetveiling, wel zo wenselijk is.

Dat het rechtssysteem de flexibiliteit heeft om een nieuwe maatschappelijke ontwikkeling daarin in te passen, neemt op zichzelf uiteraard niet weg dat dergelijke ontwikkelingen ook een wijziging van wet wenselijk kunnen maken: op die manier wordt het werk van de rechtstoepasser die met verouderde wetgeving te maken heeft vergemakkelijkt en wordt twijfel over de wijze waarop het nieuwe fenomeen in het rechtssysteem moet worden ingepast weggenomen.³⁷ Daar komt bij dat een

37 Vgl. Tjong Tjin Tai 2011, p. 2271

expliciete regeling de ruimte biedt om ook iets te doen met de bijzondere vraagstukken die de nieuwe ontwikkeling oproept. In het wetsvoorstel met betrekking tot de internetveiling komt dat tot uitdrukking in het voorgestelde vierde lid van artikel 519 Rv, waar bepaald wordt dat de website moet worden ingericht met passende technische maatregelen om de betrouwbaarheid en veiligheid te waarborgen en dat bij algemene maatregel van bestuur daarover nadere regels kunnen worden gesteld. De voordelen van een wettelijke regeling voor de internetveiling zijn naar mijn mening echter beperkt. Twijfel over het bestaan van de mogelijkheid al onder de vigerende regeling via het internet te veilen is niet nodig en lijkt in de praktijk – gelet op de verschillende initiatieven die inmiddels zijn genomen³⁸ – ook niet echt aanwezig. Dat het digitale systeem dan wel veilig en betrouwbaar moet zijn is daarbij een vanzelfsprekende verantwoordelijkheid van de notaris.³⁹ Deze moet zich er immers van kunnen overtuigen welke persoon het hoogste bod heeft gedaan of als eerste heeft afgemijnd. Wil de wetgever op dat punt dan toch nog regels kunnen stellen in een AMvB, dan verdient een iets abstractere bepaling de voorkeur boven het voorgestelde artikel 519 lid 4. Bepaald zou kunnen worden dat bij algemene maatregel van bestuur regelen kunnen worden gesteld met betrekking tot de inrichting en de organisatie van de openbare verkoop.

De nadelen van een expliciete grondslag voor de internetveiling zijn sprekend. Ik wijs erop dat in het wetsvoorstel de internetveiling wordt ondergebracht in een tweede lid van artikel 519 Rv. Het eerste lid van die bepaling geeft de regel die ook al in het vigerende artikel 519 Rv staat. Na deze aanpassing is het rechtssysteem lastig om de bewoordingen in het nieuwe artikel 519 lid 1 Rv anders uit te leggen dan als een veiling op een fysieke locatie. Kortom, een veiling kan dan via internet, in de zaal of op beide manieren gezamenlijk worden gehouden. Dat betekent dat wanneer over enkele jaren een nieuw communicatiemiddel zou worden uitgevonden dat zeer geschikt is voor de organisatie van executoriale verkopen, moeilijker dan onder het geldende regime verdedigbaar is dat een veiling langs die nieuwe weg toelaatbaar is. Ook is mogelijk dat de traditionele wijze van veilen in de zaal over enkele jaren als ouderwets en inadequaar wordt gezien. In de bestaande regeling – waarin de verantwoordelijkheid van de notaris scherp naar de voorgrond treedt om binnen de vage regels van titel 3.2 Rv een optimale veiling te organiseren – zou dat reden kunnen zijn om aan te nemen dat een dergelijke wijze van veilen niet langer toelaatbaar is.⁴⁰ Een dergelijk oordeel kan minder goed worden gerechtvaardigd na invoering van de voorgestelde bepaling, omdat dat wetsartikel het veel lastiger maakt om artikel 519 lid 1 Rv anders uit te leggen dan als een veiling op een fysieke locatie.

38 Anders dan Van Oostrom-Streep 2013, p. 5 stelt, wordt inmiddels wel degelijk onroerend goed executoriaal verkocht via het internet.

39 Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 6, p. 12.

40 Hier kan nogmaals een parallel worden getrokken met het betoog van Gerver 1992, p. 852, die aangeeft dat in de huidige wetgeving soms op de notaris de plicht kan rusten om te veilen buiten het arrondissement waarin de onroerende zaak gelegen is.

Dat het nieuwe artikel 519 Rv zelfs vanaf de dag na zijn invoering de notariële vrijheid zal inperken om een executoriale verkoop optimaal te organiseren, wordt duidelijk als we het nieuwe regime voor de executie van schepen onder de loep nemen. In zijn advies over het wetsvoorstel heeft de Raad van State voorgesteld ook dit regime te moderniseren en ook daaraan een internetveiling toe te voegen.⁴¹ Dat is begrijpelijk als men bedenkt dat de belangstellenden voor schepen zich vaak nog minder dan de belangstellenden voor onroerend goed, in de nabijheid zullen bevinden van de te veilen zaak. Bij onroerend goed kan men wel verdedigen dat de meeste gegadigden ook wel zullen worden bereikt als de veiling wordt georganiseerd op een fysieke locatie in de nabijheid van het te veilen object; bij schepen is niet onwaarschijnlijk dat de belangstellenden zich op veel verschillende locaties bevinden. Een veiling via een digitaal systeem – waartoe men op vele locaties toegang heeft – lijkt daar bij uitstek wenselijk. De minister geeft aan dit advies echter geen gehoor: hij beoogt met het wetsvoorstel een aantal knelpunten bij de executoriale verkoop van onroerend goed weg te nemen; het recht omtrent de executie van schepen – waar de minister geen knelpunten zijn gebleken – wil hij ongemoeid laten.⁴² Om dat te bewerkstelligen wordt in het wetsvoorstel artikel 570 Rv (waarin een aantal regels met betrekking tot de executie van onroerend goed van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de executie van schepen ten overstaan van de notaris) slechts naar artikel 519 lid 1 Rv (de fysieke veiling) verwezen. Consequentie van de invoering van de nieuwe wet is daarmee dat de internetveiling van een schip uitdrukkelijk onmogelijk wordt gemaakt. Daarmee druist het wetsvoorstel uitdrukkelijk in tegen de wens van de Raad van State, die juist de invoering van de internetveiling voor schepen had aanbevolen. Het voorstel is ook niet in overeenstemming met de wens van de minister zelf; hij had immers aangegeven de regeling met betrekking tot de executie van schepen ongemoeid te willen laten. De minister had onder ogen moeten zien dat de toevoeging van artikel 519 lid 2 Rv automatisch tot gevolg heeft dat de wetgever een afweging moet maken over de wenselijkheid van een regeling die de internetveiling voor schepen mogelijk maakt. Bestaat daaraan in de praktijk behoefte? Zijn er overwegende bezwaren tegen, bijvoorbeeld vanwege de vaak internationale dimensie van dergelijke verkopen? Enzovoort. Nog beter zou het naar mijn mening zijn in het geheel geen wettelijke grondslag te scheppen voor de internetveiling; ook niet voor die van onroerend goed. Dan blijft het regime in stand waarin het, of het nu om een woning, een kantoorpand of een schip gaat, aan de notaris is om in ieder voorkomend geval te beoordelen of een internetveiling gewenst is.

6 Conclusie

De executoriale verkoop van registergoederen kent in titel 3.2 Rv slechts een summier regeling. Op die manier heeft de notaris grote ruimte om iedere veiling optimaal af te stemmen op de omstandigheden van het geval en op die manier een zo

41 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 4, p. 2-3.

42 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 4, p. 3.

hoog mogelijke opbrengst na te streven. Zowel de bewoordingen van de regeling als de strekking daarvan staan mijns inziens niet in de weg aan de organisatie van een veiling via internet, in het bijzonder niet wanneer die veiling wordt gecombineerd met een gelijktijdige veiling in de zaal. Dat werpt de vraag op of het wenselijk is een wettelijke regeling in te voeren waarin deze vorm van executieveilingen expliciet wordt mogelijk gemaakt. Mijns inziens kleven daaraan meer nadelen dan voordelen. In het bijzonder zou de nieuwe wettekst tot gevolg hebben dat het wettelijke keurslijf van de executieveilingen strakker wordt: het zal bijvoorbeeld lastig worden om de wettekst aldus uit te leggen dat het organiseren van een veiling op een ‘fysieke locatie’ *niet* mogelijk is, wanneer zo’n wijze van veiling wellicht ooit alom als ouderwets en inadequaar wordt beschouwd. Verder zal het moeilijker worden om een veiling via nieuwe, nu nog niet voorzienbare, communicatiemiddelen in het systeem in te passen, wanneer de mogelijke veilinglocaties in dat systeem zo duidelijk worden omschreven als nu wordt voorgesteld. En ten aanzien van schepen leidt invoering van de nieuwe regeling er zelfs toe dat de internetveiling – die nu nog mogelijk is – niet langer kan plaatsvinden. Met andere woorden, de wetgever streeft met de voorgestelde wijziging een grotere flexibiliteit na, maar hij bereikt een tegengesteld effect.

De civiele rechter en een speurtocht op het internet

Over vaststelling van feiten in het geding

H.B. Krans

1 Een schat aan informatie

Het wereldwijde web biedt buitengewoon veel informatie. Het ligt voor de hand dat daar ook informatie te vinden is die in concrete rechtszaken van belang kan zijn. Mag een Nederlandse rechter op internet speuren naar relevante gegevens voor een civielrechtelijke zaak, en die gegevens gebruiken bij zijn beslissing? En zo ja, onder welke voorwaarden? Daarover gaat deze bijdrage.

Rechters dienen behoedzaam om te gaan met het speuren op internet om gegevens te vinden ten behoeve van een beslissing in een voorliggende zaak. Terecht waarschuwde Siemerink rechters eerder voor het gebruik van internet. Rechters horen na te gaan waarom ze het internet raadplegen, moeten er zeker van zijn dat de afhandeling van de zaak erbij gebaat is en dienen de beginselen van behoorlijk procesrecht in acht te nemen, zo schreef zij in 2010.¹ Er is inderdaad veel reden voor behoedzaamheid. Als rechters *ex officio* aan internet ontleende gegevens gebruiken voor hun beslissing is waakzaamheid geboden.

2 Veel goede reden tot terughoudendheid

In essentie is het met feiten die de rechter aan internet ontleent niet anders dan met feiten die de rechter anderszins verkrijgt. Praktisch belangrijk verschil is echter dat de drempel om op internet naar feiten te speuren veel lager is dan bij het anderszins vergaren van informatie. Door het gemak waarmee toegang tot internet kan worden verkregen ligt informatie op internet welhaast voor het grijpen. Dat noopt tot extra waakzaamheid.

Civiele rechters zijn in beginsel lijdelijk. Het zijn partijen die bepalen óf en waarover wordt geprocedeerd. Het zijn ook partijen die de grenzen van de rechtsstrijd bepalen (art. 24 Rv). Dat is een belangrijk uitgangspunt in het civiele procesrecht en onderwerp van vele studies.² De rechter mag in beginsel ook slechts die feiten aan

¹ Siemerink 2010, p. 2645-2649.

² Zie onder meer J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Z0020bnm,wolle: Tjeenk Willink 1981, J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002, p. 29-39, C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, J. Ekelmans, *De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2008, R. Verkerk, *Fact-finding in Civil litigation* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2010, R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, o.m. hoofdstuk 3. In meer

zijn beslissing ten grondslag leggen die in het geding te zijner kennis zijn gekomen. Krachtens artikel 149 Rv is het de rechter immers in beginsel niet toegestaan om bij zijn beslissing rekening te houden met feiten die niet door partijen zijn aangevoerd.³ Dat uitgangspunt houdt verband met het beginsel van autonomie van partijen en lijdelijkheid van de rechter. Bij het nemen van zijn beslissing mag de rechter in beginsel dan ook geen gebruik maken van feiten die hij aan internet heeft ontleend en die hem niet door een partij zijn aangedragen.

Er zijn meer redenen voor behoedzaam gebruik van aan internet ontleende gegevens door de rechter. Zo is het de rechter verboden feiten aan te vullen. Het leveren van bewijs is een taak van partijen, en niet van de rechter. Partijen hebben bovendien recht op een eerlijke behandeling. Dat behelst onder meer recht op hoor en wederhoor. Ook het verlies van vertrouwen in de rechtspraak kan een rol spelen indien de rechter kennis neemt van gegevens waarop niet elke partij heeft kunnen reageren. Wieten heeft in een annotatie bij een zaak waarbij in cassatie aan het hof werd verweten dat het ten onrechte ambtshalve kennis had genomen van een strafdossier van een derde, opgemerkt dat niet alleen hoor en wederhoor dan in het geding kunnen zijn, maar ook de onpartijdigheid van de rechter. De rechter dient zich van actie te onthouden om de schijn van partijdigheid te vermijden, zo merkt zij op.⁴ Verlies van vertrouwen komt ook aan de orde in een uitspraak van het EHRM naar aanleiding van een klacht over schending van artikel 6 EVRM. Een van de procespartijen had bij de bestuursrechter een processtuk ingediend waarvan de klagers geen kennis hadden kunnen nemen.⁵ De aangesproken lidstaat verweert zich bij het EHRM met de stelling dat de rechter zijn oordeel niet heeft gebaseerd op het desbetreffende processtuk. Het EHRM overweegt: ‘(W)hat is particularly at stake here is the litigants’ confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file.’⁶

recente jaren staan de grenzen van de rechtsstrijd ook in de belangstelling in verband met ambtshalve toepassing van EU-recht, waarover onder meer A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, H.J. Snijders, ‘Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt’, *WPNR* 2008, p. 541-552, H.B. Krans, *Materieel burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 5 en A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, o.m. p. 17-19.

3 Zie o.m. H.W.B. Thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2013, Beenders 2012 (T&C Rv), art. 149, aant. 1 en Pitlo/Rutgers & Krans 2014, nr. 24 en 25.

4 H.L.G. Wieten, noot onder HR 10 november 2006, *JBPR* 2007/31, sub 6. De Hoge Raad oordeelt in dat arrest overigens dat de klacht dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden op zichzelf gegronnd is maar niet tot cassatie kan leiden omdat het hof zijn oordeel niet alleen op foto's uit het betreffende strafdossier heeft gebaseerd (r.o. 3.1 en 3.4.2).

5 A-G Langemeijer, conclusie voor HR 23 maart 2007, *NJ* 2007/178, sub 2.7.

6 EHRM 19 mei 2005, *NJ* 2006/14; vergelijk A-G Langemeijer, conclusie voor HR 23 maart 2007, *NJ* 2007/178, sub 2.7. In zijn conclusie voor HR 15 april 2011, *NJ* 2011/180 (*Van Donkersgoed/Jansen*), over welk arrest nader in de volgende paragraaf, wijst A-G Huydecoper er overigens op dat het EHRM dit in latere rechtspraak nuanceert.

Er is derhalve voldoende reden voor rechters om behoedzaam te zijn met *browsen*, hoe eenvoudig informatie op die manier ook voorhanden kan zijn. Toch gebruiken rechters aan internet ontleende feiten, ook feiten die door geen van partijen zijn aangevoerd, zo blijkt uit rechtspraak.⁷ Ondanks genoemde bedenkingen is niet uitgesloten dat een rechter informatie die hij op het wereldwijde web treft aan zijn beslissing ten grondslag kan leggen. Ik ga hierna in op drie gevallen waarin de vraag kan worden gesteld of het gebruik van aan internet ontleende gegevens toch is toegestaan: feiten van algemene bekendheid (par. 3), als voldoende gelegenheid geboden tot reactie (par. 4) en kwesties rondom de relevantie van de desbetreffende feiten (par. 5).

3 Feiten van algemene bekendheid

Feiten van algemene bekendheid hoeven in civiele procedures gesteld noch bewezen te worden, zo volgt uit artikel 149 lid 2 Rv. Dergelijke feiten zullen in het algemeen dus geen voorwerp van bewijslevering zijn.⁸ De rechter mag ze aan zijn beslissing ten grondslag leggen zonder dat partijen ze naar voren hebben gebracht. Over de vraag welke concrete feiten als van algemene bekendheid kunnen worden aangemerkt kan men van mening verschillen. Feiten van algemene bekendheid zijn ‘notoire feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bron kan kennen’.⁹ Dat biedt enig houvast, maar laat ruimte voor debat.¹⁰ Zijn op internet te vinden feiten zonder meer feiten van algemene bekendheid? Vooral de passage dat feiten die ieder normaal ontwikkeld mens uit voor ieder toegankelijke bron kan kennen, is interessant in dit verband. Dat kan doen vermoeden dat het om veel meer gaat dan feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent.¹¹ Indien internet zonder meer als voor ieder toegankelijke bron in de hier bedoelde zin wordt aangemerkt, stijgt het aantal feiten van algemene bekendheid explosief. Op internet is immers veel informatie te vinden. Zou al die informatie als feit van algemene bekendheid moeten worden aangemerkt? De vraag stellen is haar welhaast beantwoorden: wat mij betreft kan dat zeker niet zonder meer.¹² De in de

7 Zie, naast de in andere voetnoten genoemde rechtspraak van de Hoge Raad, onder meer Rb. Zutphen, Enkelvoudige Kamer, 2 november 2005, rolnr. 69512 / HA ZA 05-437 en Rb. Amsterdam, sector Kanton, 17 februari 2009, rolnr. CV 06-803 (beide zaken genoemd door Drion 2009).

8 Hetzelfde geldt voor algemene ervaringsregels.

9 MvT, Ontw. art. 176 Rv, *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 77.

10 Zie voor voorbeelden van rechtspraak over feiten die al dan niet van algemene bekendheid zijn HR 4 oktober 2002, NJ 2004/175, m.nt. GHvV onder NJ 2004/177, HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3098, HR 1 juli 1993, NJ 1993/688 (*Bouma/Cavo-Latuco*), Hof Arnhem 22 februari 2010, NJ 2010/144, Rb. Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8564, Rb. Zwolle 31 december 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ9670, Rb. Utrecht 5 mei 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU4204; vergelijk W.H. van Boom, M.L. Tuil & I. van der Zalm, ‘Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?’, *NTBR* 2010/7, p. 39-40 en Heuving 2012, p. 13.

11 Vergelijk Heuving 2012, p. 13-14.

12 Ook volgens H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 206 mag de rechter via internet verkregen feiten of omstandigheden niet gebruiken onder de vlag van feiten of omstandigheden van algemene bekendheid in de zin

parlementaire geschiedenis genoemde bewoordingen ‘uit voor ieder toegankelijke bron’ kunnen er wat mij betreft dan ook niet toe leiden dat internetfeiten zonder meer feiten van algemene bekendheid zijn.

Feiten die offline kunnen worden geraadpleegd in een voor ieder toegankelijke bron, zijn evenmin zonder meer van algemene bekendheid. Zo zijn, bijvoorbeeld, feiten in artikelen in landelijke Nederlandse kranten niet stuk voor stuk van algemene bekendheid als hier bedoeld. In februari 2008 heeft de Hoge Raad overwogen dat een krantenartikel te onderscheiden is van een feit van algemene bekendheid.¹³ Feiten die men op het wereldwijde web vindt, zijn overigens lang niet altijd betrouwbaar.¹⁴ Daar komt bij dat de inhoud van ‘internetinformatie’ kan wijzigen. Ook kan het zich voordoen dat informatie die op een bepaald moment op internet te vinden is, later niet meer te achterhalen is. Siemerink geeft in dit laatste verband het voorbeeld van een rechter die een kruispunt waarop zich een aanrijding heeft voorgedaan bestudeert met behulp van Google maps.¹⁵ Dat programma geeft geen rechtstreekse beelden. De beelden die te zien zijn, hoeven niet exact te sporen met de situatie op het kruispunt ten tijde van een ongeval.¹⁶ Er is dus wat mij betreft volstrekt onvoldoende reden om internetinformatie per definitie als feiten van algemene bekendheid aan te merken.

Toch kunnen feiten die de rechter op internet vindt, onder omstandigheden feiten van algemene bekendheid zijn. Uit de strafrechtelijke zaak A.C.A.B. blijkt dat de Hoge Raad niet uitsluit dat een op internet gevonden feit in strafrechtelijke context als feit van algemene bekendheid wordt aangemerkt.¹⁷ In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen ook dat het moet gaan om een feit dat in Nederland van algemene bekendheid is. Het aantal treffers bij het zoeken in alle, ook anderstalige internetsites, is daarbij, zo overweegt de Hoge Raad, niet zonder meer redengevend.¹⁸ De eis dat het feit in Nederland van algemene bekendheid moet zijn, kan in verband met internet lastig zijn omdat dat een mondiaal medium is.¹⁹

Ook voor civiele zaken geldt mijns inziens dat internetfeiten onder omstandigheden als van algemene bekendheid kunnen worden aangemerkt.²⁰ Wanneer dat

van art. 149 lid 2 Rv. Drion 2009, p. 781 vindt dat een rechter niet mag googelen binnen de sleutel van art. 149 lid 2 Rv.

13 HR 8 februari 2008, *NJ* 2008/92 (*Bruns c.s./Golden Anchor Club c.s.*), r.o. 5.2.

14 Dat geldt overigens voor informatie die aan andere media wordt ontleend.

15 Overigens heeft de Rechtbank Amsterdam geoordeeld in een geschil tussen een stichting en de websites Google Maps en Google Street View. Via die sites kan het vestigingsadres van de stichting worden gevonden. De betreffende bewoners stellen dat het verwerken van de naam van de stichting inbreuk maakt op hun privacy. De voorzieningenrechter concludeert dat geen sprake is van persoonsgegevens in de zin van de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp), en dat voor zover daarvan wel moet worden uitgegaan de belangenafweging ex art. 8f Wbp in het voordeel van Google uit dient te vallen (Rb. Amsterdam 16 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6122).

16 Siemerink 2010, p. 2648.

17 HR 11 januari 2011, *NJ* 2011/116, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.2.2 en 3.3.

18 HR 11 januari 2011, *NJ* 2011/116, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.4.

19 Siemerink 2011, p. 216.

20 Ook voor het Duitse recht is internet als informatiebron gerelateerd aan *Offenkundigkeit*. Zogenaemde *offenkundige Tatsachen* behoeven volgens paragraaf 291 BGB geen bewijs. Zie nader

exact het geval is, kan thans niet met zekerheid uit de rechtspraak worden afgeleid. Ook in civiele context zal naar mijn idee minimaal de in het strafrechtelijke arrest A.C.A.B. genoemde voorwaarde moeten gelden dat het moet gaan om een feit dat in Nederland van algemene bekendheid is. Het zal lang niet altijd eenvoudig zijn om dat vast te stellen. Als via een betrouwbare internetsite informatie wordt verkregen waaruit blijkt dat een feit in Nederland van algemene bekendheid is, kan dat een stevige aanwijzing zijn dat het om een algemeen bekend feit gaat.²¹ Via internet ‘gevonden’ feiten zullen echter niet snel van algemene bekendheid zijn. De lat ligt wat mij betreft hoog.

4 Voldoende gelegenheid

Hoor en wederhoor is het kader waarin de Hoge Raad de kwestie in het voorjaar van 2011 heeft gebed. *Van Donkersgoed/Jansen* betreft de huur van een woning boven een apotheek. Jansen exploiteert de apotheek, is eigenaar van die bedrijfsruimte en de bovenwoning en verhuurder. In 2006 zegt hij de huurovereenkomst van de bovenwoning op wegens dringend eigen gebruik. Huurder Van Donkersgoed kan zich daar niet in vinden. De kantonrechter wijst de vordering van Jansen af omdat onvoldoende is gebleken van de dringende noodzaak tot eigen gebruik. Na de stukkenwisseling tussen partijen in hoger beroep ontleent het hof gegevens aan de website van de apotheek. Het gaat om foto's van de situatie ter plaatse en van het in de apotheek werkzame team. Het hof gebruikt die gegevens ook bij de beoordeling van de opzegging van de huurovereenkomst.

Dat kan volgens de Hoge Raad niet door de beugel omdat het hof na sluiting van het processuele debat tussen partijen kennelijk eigener beweging de website van de apotheek heeft geraadpleegd en daaraan ontleende feitelijke gegevens aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd zonder partijen in de gelegenheid te stellen van die gegevens kennis te nemen en zich daarover uit te laten. Dat is, zo oordeelt de Hoge Raad, in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor.²²

Dit arrest illustreert tevens dat aan internet ontleende feiten hetzelfde lot kunnen treffen als informatie die de rechter anderszins heeft vergaard en aan zijn beslissing ten grondslag legt. Het hof had in deze zaak namelijk niet alleen aan internet ontleende feiten aan zijn beslissing ten grondslag gelegd, maar het had ook andere hem ambtshalve bekende informatie gebruikt bij zijn beslissing. In het kader van de afwegingen van het belang van de huurder bij voortzetting van de huur en het belang van de verhuurder bij beëindiging van de huur, had het hof namelijk mede waarde gehecht aan het hem ambtshalve bekende gegeven dat de logische fietsroute tussen een (alternatieve) woonwijk voor de huurder en de apotheek voorzien is van vrijliggende fietspaden. Dat het hof daaraan waarde had gehecht zonder partijen in

W. Dötsch, 'Internet und Offenkundigkeit', *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2011, p. 1017-1018 en W. Bachmeier, 'Internetrecherche – Gerichtsbekanntheit und Beweisaufnahme', *Deutsches Autorenrecht* 2012, p. 559-560.

21 Vergelijk Siemerink 2011, p. 216 lk in strafrechtelijke context.

22 HR 15 april 2011, *NJ* 2011/180 (*Van Donkersgoed/Jansen*), r.o. 3.6.2.

de gelegenheid te stellen daarvan kennis te nemen en zich daarover uit te laten, is, net zoals geldt voor de aan internet ontleende feiten, in strijd met hoor en wederhoor, zo volgt het arrest.

Dat schending van hoor en wederhoor ook feiten uit de offlinewereld kan betreffen, was ook al bekend. De lijn van de beslissing op dit laatste punt verbaast niet. In 1988 oordeelde de Hoge Raad al dat de rechter die uit eigen beweging en op eigen houtje langs het pand ging dat centraal stond in de zaak waarin hij oordeelde, weliswaar praktisch handelde maar in strijd met hoor en wederhoor. Door de gegevens van deze ‘particuliere descende’ te gebruiken zonder ze aan partijen voor te houden, onthield hij een van partijen de kans op een weerwoord.²³

Uit de overwegingen van het hof in *Van Donkersgoed/Jansen* is niet af te leiden of het hof in het kader van deze zaak de fietsroutes heeft verkend. Gelet op de gebruikte formulering (‘naar het hof ambtshalve bekend is’) ligt dat niet voor de hand. Mogelijk gaat het om fietspaden die een van de raadsheren zelf al kende. Als die veronderstelling juist is, is er wel een verschil tussen de aan internet ontleende gegevens en de feiten in verband met die fietsroute. Naar de gegevens van de apotheek is de rechter min of meer actief op zoek gegaan, naar de hem (mogelijk) al bekende fietsroute niet. Voor de Hoge Raad maakt dat kennelijk geen verschil: voor beide feitencomplexen geldt dat de rechter ze niet aan zijn beslissing ten grondslag had mogen leggen zonder partijen in de gelegenheid te stellen er kennis van te nemen en zich erover uit te laten. En die gelijkenschakeling is ook begrijpelijk: in beide gevallen gaat het om feiten die noch door partijen zijn aangedragen, noch van algemene bekendheid zijn, maar wel gebruikt worden voor de beslissing die beide partijen regardeert.

Gebruik van internet door de rechter is dus niet altijd uitgesloten.²⁴ Voorwaarde is wel dat partijen van de desbetreffende feiten kennis hebben kunnen nemen en voldoende gelegenheid hebben gehad om zich er naar behoren over uit te laten, zo volgt uit *Van Donkersgoed/Jansen*.²⁵

Ook in latere uitspraken van de Hoge Raad keert deze voorwaarde terug. In september 2011 oordeelt de Hoge Raad in twee beschikkingen over de goedkeuring en rekening en verantwoording van een bewindvoerder over het door hem gevoerde bewind. Twistpunt zijn door de bewindvoerder in rekening gebrachte kosten voor een softwareapplicatie. In hoger beroep stelt het hof in beide zaken vast dat de bewindvoerder geen informatie over die applicatie heeft verschaft. Het hof ontleent

23 HR 18 december 1987, NJ 1988/679 (*Schook/Vergeer*).

24 Ter illustratie: de rechtspraak biedt ook een voorbeeld van een partij die door middel van internetrecherche feiten over haar wederpartij heeft vergaard. Een verzekerde geeft aan dat hij als gevolg van een ongeval veel lichamelijke beperkingen ondervindt en stelt dat hij niets meer kan op lichamelijk gebied en nauwelijks het huis uit komt. Nadat de verzekeraar onder meer diverse voorschotten heeft voldaan, voert zij een feitenonderzoek uit op internet. De verzekeraar stelt dat daaruit blijkt dat de verzekerde na het ongeval op sportief, zakelijk én sociaal gebied nog bijzonder actief is geweest, brengt de zoekresultaten van google.com in het geding en vordert terugbetaling. De rechtbank baseert haar oordeel mede op de door de verzekeraar opgespoorde activiteiten (Rb. Almelo 21 december 2011, ECLI:RBALM:2011:BV0428).

25 Ook Drion 2009, p. 781 heeft opgemerkt dat de rechter partijen in elk geval in de gelegenheid moet stellen zich over de feiten uit te laten.

vervolgens enige informatie aan internet over die applicatie, en gebruikt die informatie ook bij zijn beslissing. Door die gegevens ten nadele van de bewindvoerder aan zijn beslissing ten grondslag te leggen, zonder dat deze de gelegenheid heeft gehad van die gegevens kennis te nemen en daarop te reageren, heeft het hof gehandeld in strijd met hoor en wederhoor, zo beslist de Hoge Raad onder verwijzing naar *Van Donkersgoed/Jansen* in beide zaken.²⁶ De voorwaarde dat partijen de gelegenheid moeten hebben op de op internet gevonden feiten te reageren voorkomt ook dat partijen door de rechterlijke beslissing worden verrast.²⁷

5 Relevantie desbetreffende feiten

Een rechter kan door hem op internet gevonden feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen indien partijen van die feiten kennis hebben kunnen nemen en voldoende gelegenheid hebben gehad zich naar behoren over die feiten uit te laten. Van schending van hoor en wederhoor zal dan geen sprake zijn. Ook om een andere reden kan de klacht falen dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden als de rechter ambtshalve kennis neemt van bepaalde feiten. Het arrest *Hooters c.s./Elektriciteitsmaatschappij Aruba* betreft een kort geding waarin de Antilliaanse appèlrechter ambtshalve in het strafdossier van een derde niet-procespartij heeft gekeken. Bij kijken is het niet gebleven. Het Antilliaanse Hof heeft aan dat (andere) dossier ook bewijs ontleend voor de te beslissen zaak, zonder dat partijen zich daarover konden uitlaten. In cassatie wordt vervolgens geklaagd dat het hof aldus hoor en wederhoor heeft geschonden. De Hoge Raad acht die klacht op zichzelf gegrond, maar casseert het arrest van het hof niet. Het hof heeft volgens de Hoge Raad namelijk zijn oordeel niet alleen gebaseerd op zijn waarneming van hetgeen op de gewraakte foto's was te zien, maar aan zijn oordeel daarnaast, nevengeschiedt, andere feiten ten grondslag gelegd. Het gewraakte oordeel van het hof betrof manipulatie van elektriciteitsmeters in restaurants. Het hof had echter niet alleen gekeken naar foto's, maar had zich ook gebaseerd op het als vaststaand feit aangenomen gegeven dat bepaalde werknemers hadden geconstateerd dat met de elektriciteitsmeter was gemanipuleerd. Om die reden laat de Hoge Raad het arrest van het hof in stand.²⁸

De redenering van de Hoge Raad komt er mijns inziens in wezen op neer dat de rechter die aldus handelt het beginsel van hoor en wederhoor schendt, maar dat die schending zijn uitspraak niet aantastbaar hoeft te maken indien zij niet causaal is voor de inhoud van de uitspraak. Als het oordeel van de rechter niet alleen gebaseerd is op feiten die in strijd met hoor en wederhoor zijn verkregen maar ook op andere feiten, kan de schending kennelijk door de vingers worden gezien. Afgezien van het woord 'nevengeschiedt' geeft het arrest niet aan wat de verhouding tussen de op internet gevonden feiten en de overige feiten moet zijn om die schending niet

26 HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1654, *NJ* 2011/409, r.o. 3.5 en HR 9 september 2011, *RvdW* 2011/1083, r.o. 3.5.

27 Zie over verrassingsbeslissingen T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter', *NJB* 2000, p. 259-264.

28 HR 10 november 2006, *JBPR* 2007/31, m.nt. H.L.G. Wieten.

te sanctioneren. Indien de rechter feiten aan zijn beslissing ten grondslag legt die niet van algemene bekendheid zijn en die hij heeft vergaard zonder dat partijen ze hebben aangevoerd, zal het van de concrete omstandigheden afhangen of sprake is van een schending van hoor en wederhoor die de beslissing aantastbaar maakt. In *Hooters c.s./Elektriciteitsmaatschappij Aruba* waren de desbetreffende feiten geen *condicio sine qua non* voor de uiteindelijke beslissing.²⁹

In 1999 heeft de Hoge Raad geoordeeld in een faillissementszaak waarin het hof zijn beslissing mede had gebaseerd op een schriftelijk verslag van een curator, met bijlagen, dat niet aan een van partijen was verstrekt. Het in artikel 19 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor houdt in dat de rechter partijen over en weer in de gelegenheid moet stellen zich uit te laten over alle bescheiden. Partijen moeten hebben kunnen kennisnemen van alle stukken die door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd en behoren voldoende gelegenheid te hebben gekregen om op die stukken te reageren. Het hof heeft in deze zaak niet aan deze regel voldaan, zo overweegt de Hoge Raad. Bij gebrek aan belang slaagt de cassatieklacht echter niet. Voor zover het hof zijn oordeel mede heeft doen steunen op dat verslag heeft de desbetreffende partij daar geen nadeel van ondervonden. De Hoge Raad baseert zijn motivering van dat oordeel, kort gezegd, op de standpunten die die partij eerder ten processe had ingenomen.³⁰

Identiek zijn de situaties van deze faillissementszaak en van het arrest *Hooters c.s./Elektriciteitsmaatschappij Aruba* niet. In beide gevallen slaat het hof echter acht op gegevens die niet zijn voorgehouden aan de partij in wier nadeel de beslissing uitvalt, maar wordt die gang van zaken niet gesanctioneerd. In beide zaken hangt het niet sanctioneren daarmee samen dat de beslissing van de feitenrechter in wezen stoelde op andere dan de gewraakte feiten. Die gewraakte feiten hebben dus in wezen geen invloed uitgeoefend op de beslissing.

In zijn conclusie voor *Van Donkersgoed/Jansen* gaat A-G Huydecoper de rechtspraak van het EHRM over het onthouden van de kans om te reageren op een bepaald gegeven na. Zijn conclusie komt erop neer dat de schending van hoor en wederhoor geen probleem oplevert in gevallen waarin zich in sterke mate opdringt dat het voor de procesvoering en de uitkomst geen verschil heeft gemaakt dat de benadeelde partij de kans is onthouden op een bepaald gegeven te reageren. Voor het aannemen van die uitzondering moet het zo zijn, zo overweegt A-G Huydecoper, dat de beslissing berust op zelfstandige gronden die die beslissing kunnen dragen en waarvoor niet geldt dat daarbij verzuim van de regels van hoor en wederhoor heeft plaatsgehad. Hij voegt daaraan toe dat het (dus) redelijkerwijs is uitgesloten

29 Als de Hoge Raad het inderdaad aldus heeft bedoeld, wijkt dit criterium af van bijvoorbeeld de vraag wanneer de verklaring van een partijgetuige kan dienen ter aanvulling van onvolledig bewijs (art. 164 lid 2 Rv). Van onvolledig bewijs in die zin is sprake als de aanvullende bewijzen zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten bevatten dat zij de verklaring van de partijgetuige voldoende geloofwaardig maken (HR 31 maart 1995, *NJ* 1997/592, m.nt. CJHB (*Taams/Boudeling*)).

30 HR 12 maart 1999, *NJ* 1999/400, r.o. 3.2.

dat de uitkomst is beïnvloed door gegevens waarvoor wel geldt dat een dergelijk verzuim is begaan.³¹

Indien partijen niet in de gelegenheid zijn gesteld om van bepaalde stukken kennis te nemen, maar die feiten hebben geen invloed gehad op de beslissing, loopt het vermoedelijk met een sisser af.³² Over de vraag of de desbetreffende feiten waarlijk geen invloed hebben uitgeoefend moet mijns inziens niet te licht worden gedacht. Dat zal naar mijn idee niet te snel kunnen worden aangenomen.

In de civiele zaak *Veldhuis/Veldhuis* worden twee politiemannen gehoord als getuige in het kader van een bewijsopdracht in verband met perikelen rondom de verkoop van een woning en (gesteld) onrechtmatig meewerken aan een eigendoms-overdracht door een koper die wist dat het pand aan een ander was verkocht. Tegen die getuigen wordt strafvervolg ingesteld in verband met meened. Het hof overweegt dat het ambtshalve bekend is met de strafvervolg die is ingesteld tegen de in deze zaak als getuige gehoorde personen, dat die vervolg heeft geresulteerd in een vonnis waarin beiden zijn vrijgesproken, dat partijen niet meer in de gelegenheid zijn geweest om op die ontwikkeling te reageren, maar dat dat ook niet noodzakelijk is. De Hoge Raad overweegt dat het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat de rechter de partijen over en weer in de gelegenheid moet stellen zich uit te laten over alle bescheiden en andere gegevens die in deze procedure ter kennis zijn gebracht en dat de rechter bij zijn beslissing zijn oordeel, ten nadele van een der partijen, niet mag baseren op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet heeft kunnen uitlaten. Dit geldt ook voor strafvonnissen. Van de onderhavige vonnissen kan niet worden gezegd dat zij zonder belang zijn voor de waardering van de betrouwbaarheid van de beide als getuige gehoorde personen.³³ Die beslissing acht ik terecht. Wat die betreffende partij over de uitkomst van de strafrechtelijke procedure had willen zeggen, is niet bekend. Noch minder is bekend wat de invloed van die eventuele opmerkingen op de rechterlijke beslissing zou zijn geweest. Maar er is een kans dat die ontbrekende partijvisie op genoemde strafrechtelijke uitkomst de rechterlijke waardering van het getuigenbewijs had beïnvloed. Nu die kans is genegeerd, is het niet sanctioneren van de schending van hoor en wederhoor onvoldoende gerechtvaardigd.

Een dergelijke terughoudende benadering is mijns inziens ook te vinden in een arrest van november 2012 over de beëindiging van de schuldsaneringsregeling. Het oordeel van het hof in hoger beroep komt erop neer dat de beëindiging van de schuldsaneringsregeling met toepassing van de schone lei wordt geweigerd. In casuatie wordt erover geklaagd dat het hof kennis heeft genomen van een proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij de rechtbank terwijl dat proces-verbaal

31 A-G Huydecoper is er niet zeker van dat bedoelde gegevens voor de beslissing in die zaak geheel zonder betekenis zijn geweest. Het oordeel van het hof kan zijns inziens dan ook niet worden gebillijkt (conclusie voor 15 april 2011, *NJ 2011/180 (Van Donkersgoed/Jansen)*, i.h.b. sub 34, 36 en 37).

32 In het hiervoor genoemde arrest *Van Donkersgoed/Jansen* werd, als gezegd, wel schending van hoor en wederhoor aangenomen. Kennelijk deed deze uitzondering inzake zelfstandig dragende feiten zich aldaar niet voor. Dat lijkt me voor dat arrest een terechte uitkomst

33 HR 23 maart 2007, *NJ 2007/178 (Veldhuis/Veldhuis)*, r.o. 4.4.

niet in het geding is overgelegd. De Hoge Raad wijst op de vaste rechtspraak van het EVRM dat de grondslag van het recht op hoor en wederhoor mede is het vertrouwen dat rechtzoekenden moeten kunnen stellen in het goed functioneren van de rechtspraak. Het is volgens de Hoge Raad dan ook niet van belang of gegevens en bescheiden waarvan partijen geen kennis hebben genomen al dan niet nieuwe feiten of argumenten behelzen of daadwerkelijk van invloed zijn geweest op de rechterlijke beslissing. Of de desbetreffende gegevens nopen tot een reactie staat ter beoordeling aan partijen, en niet aan de rechter.³⁴

Toch betekent dit niet dat de schending van hoor en wederhoor altijd wordt gesanc-tioneerd. Een uitzondering die al uit genoemde eerdere uitspraken kon worden afgeleid figureert thans in de overwegingen van de Hoge Raad: het betreft gegevens of bescheiden waarvan in redelijkheid niet gezegd kan worden dat zij van enig belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak.³⁵ Dan is het kennelijk geen grond voor aantasting van de uitspraak als een partij niet met een stuk bekend is en er ook niet op heeft kunnen reageren. De formulering van deze uitzondering is strikt: 'van enig belang kunnen zijn'. Dat lijkt me terecht. Als er een kans is dat het anders zou hebben uitgepakt, is het niet voorhouden aan partijen laakbaar. Een reactie van partijen kan achterwege blijven, zo formuleert de Hoge Raad, als het gegevens of bescheiden betreft waarvan in redelijkheid niet gezegd kan worden dat zij van enig belang zijn voor de beoordeling van de zaak. Voorstelbaar is dat de toepassing van dat criterium in de praktijk tot debat aanleiding geeft.

6 Afronding

Digitalisering schrijdt voort. Zij is in toenemende mate ook van belang voor het procesrecht.³⁶ Voor de oordelende rechter kan het toetsenbord lonken. Waar partijen bepaalde feiten niet aandragen, kan internet een zeer vruchtbare bron voor relevante gegevens vormen. Dat kan voor een rechter die moet beslissen en behoefte heeft aan nadere informatie een wenkend perspectief zijn. Grote behoedzaamheid is echter geboden, om diverse redenen. Desalniettemin is het gebruik van door internetrecherche verkregen feiten niet geheel uitgesloten. Toch zal de rechter die zijn oordeel baseert op die feiten zich terughoudend moeten opstellen.

34 HR 9 november 2012, *NJ* 2012/637, r.o. 3.2.3.

35 HR 9 november 2012, *NJ* 2012/637, r.o. 3.2.3.

36 Zie bijvoorbeeld het conceptwetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht dat de minister van Veiligheid en Justitie van oktober 2013 tot 20 december 2013 ter internetconsultatie heeft aangeboden. De problematiek die in deze bijdrage centraal staat, komt noch in dat conceptwetsvoorstel, noch in de conceptmemorie van toelichting met zoveel woorden aan de orde.

Goederenrecht 2.0?

Over de plaats van software in het goederenrecht in het licht van *UsedSoft*

F.M.J. Verstijlen

1 Inleiding

De digitale wereld rukt op in het recht, ook in het goederenrecht. Bruce Willis zelf stuitte op de vraag of hij ‘zijn’ iTunes-bibliotheek kon nalaten aan zijn dochters.¹ Curatoren worden in toenemende mate geconfronteerd met de vraag of zij iets te zeggen hebben over de administratie van de gefailleerde die zich ‘in the cloud’ bevindt.² Maar het was de afgelopen tijd vooral het door het Europese Hof van Justitie gewezen arrest *UsedSoft*, dat de goederenrechtelijke gemoederen in beweging bracht.³ Het zou niet minder dan een ‘ravage’ in het goederenrecht hebben aangericht.⁴

Nu valt het met die ‘ravage’ wel mee, maar wel vormt het arrest een aanleiding voor gedachtevorming over de rol die het goederenrecht kan of moet spelen in de op-rukkende digitalisering. In deze bijdrage beperk ik mij tot ‘software’. Welke plaats neemt hij in in ons vermogensrecht? Verplicht *UsedSoft* ertoe – of is het anders-zins aangewezen – dat software in het goederenrechtelijke areaal wordt toegelaten? Is ons, vaak als rigide beschouwde, goederenrecht wel in staat om een dergelijke nieuwe rechtsfiguur te ontvangen?

2 *UsedSoft*

De casus die in *UsedSoft* voorlag, was als volgt. Oracle ontwikkelt computer-programma’s en is ter zake ook auteursrechthebbende. Zij distribueert haar databanksoftware voor zo’n 85 procent via internet. Dat wil zeggen, een klant downloadt een kopie van de website van Oracle op zijn eigen computer en sluit met Oracle een – voor daadwerkelijk gebruik van de programmatuur vereiste – licentie-overeenkomst. Op grond daarvan mag de klant de software opslaan op een server en een bepaald aantal gebruikers daartoe toegang verlenen. Dat gaat in tranches van 25 gebruikers: gebruik door 27 gebruikers vergt dus twee licenties, in welk geval dus een gebruiksrecht voor 23 personen onbenut blijft.

1 Zie onder meer <http://edition.cnn.com/2012/09/03/tech/web/bruce-willis-itunes/>.

2 Zie over dit probleem. F.B. Bosvelt & A.R. van Oijen, ‘Cloud computing in faillissement en surseance: Beter één administratie in de hand dan tien in de lucht?’, *TvI* 2013/39, p. 232-243.

3 HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, *NJ* 2013/118.

4 Van Engelen 2012, p. 2678-2685.

Eveneens op grond van een overeenkomst kunnen ‘updates’ en ‘patches’ van de website worden gedownload. Desgewenst wordt de betreffende software ook op cd-rom of dvd afgeleverd. De licentieovereenkomsten bevatten de volgende tekst:

‘Door betaling van de betrokken diensten verkrijgt u – uitsluitend voor uw interne bedrijfsdoeleinden – een kosteloos, niet-exclusief en niet-overdraagbaar gebruiksrecht van onbeperkte duur op alle door Oracle ontwikkelde software die u krachtens deze overeenkomst ter beschikking worden gesteld.’

De andere speler in deze casus is UsedSoft. Hij verhandelt ‘tweedehandslicenties’. Daartoe koopt hij bij klanten van Oracle (delen van) gebruikslicenties die zij niet (meer) benutten. In oktober 2005 biedt UsedSoft in het kader van een ‘Oracle Sonderaktion’ dergelijke licenties aan voor bijgewerkte software van Oracle, waartoe een beroep werd gedaan op de omstandigheid dat de overeenkomst over software-updates met de oorspronkelijke licentienemer nog geldig was en op een notariële bevestiging van de rechtmatigheid van de verkoop. Klanten van UsedSoft downloaden vervolgens een programmakopie van de website van Oracle; degenen die het betreffende computerprogramma al hadden, zetten Oracle ertoe aan de software op de harde schijf van de – door de ‘tweedehandslicentie’ gedekte – additionele gebruikers te downloaden.

Oracle is van UsedSofts handelwijze niet gediend en vordert bij de Duitse rechter een verbod en met aanvankelijk succes. In twee instanties wordt zijn eis toegewezen. UsedSoft legt de zaak voor aan het *Bundesgerichtshof*. Dat oordeelt dat UsedSoft inbreuk maakt op Oracle’s auteursrecht, dat hem volgens artikel 4 lid 1 sub a van Richtlijn 2009/24/EG (‘Softwarerichtlijn’) het exclusieve recht geeft op ‘permanente of tijdelijke reproductie voor een deel of het geheel van een computerprogramma’, ook als dat nodig is voor het gebruik van het programma, bijvoorbeeld doordat dat programma in het werkgeheugen van de computer wordt geladen.⁵ De licenties maken dat volgens het *Bundesgerichtshof* niet anders omdat deze niet-overdraagbaar waren; UsedSoft of zijn klanten konden daaraan dus geen rechten ontleen. Maar mogelijk komt de klanten van UsedSoft een beroep toe op artikel 5 lid 1 Softwarerichtlijn, volgens hetwelk ‘de rechtmatige verkrijger’ geen toestemming nodig heeft voor reproductiehandelingen die noodzakelijk zijn om het computerprogramma te gebruiken voor het beoogde doel, ‘[t]enzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is’.⁶

Dat roept vervolgens weer de vraag op of die klanten als ‘rechtmatige verkrijgers’ kunnen gelden, gegeven dat zij van Oracle als auteursrechthebbende niets hebben verkregen, althans niet tot de reikwijdte van de via UsedSoft (beweerdelijk) verkregen rechten. Het *Bundesgerichtshof* achtte het mogelijk dat de zogenoemde uitputtingsregel van artikel 4 lid 2 Softwarerichtlijn een rol kon spelen.⁷ Die

5 Voluit: Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s.

6 In Nederland geïmplementeerd in art. 45j Auteurswet.

7 In Nederland bestreken door art. 12b Auteurswet.

uitputtingsregel houdt in dat '[d]e eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een programma door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot verval van het recht om controle uit te oefenen op de distributie van die kopie in de Gemeenschap, met uitzondering van het recht om controle uit te oefenen op het verder verhuren van het programma of een kopie daarvan'.

Kan UsedSoft betogen dat haar handelspraktijk neerkomt op de verdere distributie van door Oracle reeds 'verkochte' kopieën van programma's?

Het is deze vraag die het Europese Hof van Justitie, althans volgens sommige lezingen, in goederenrechtelijke sferen brengt. Het Hof stelt voorop dat het begrip 'verkoop' autonoom moet worden uitgelegd en geeft (in r.o. 42) een 'algemeen aanvaarde definitie': een 'verkoop' is 'een overeenkomst waarbij een persoon tegen betaling van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt'. Ergo, heeft Oracle 'de eigendom van een kopie van zijn programma' op de geschetste manier overgedragen? Oracle bepleitte een ontkennend antwoord op deze vraag omdat hij een kopie van zijn programma's gratis als download ter beschikking stelde en de downloadende klanten vervolgens een licentieovereenkomst sloten om deze kopieën te kunnen gebruiken. Het een noch het ander zou een overdracht van de eigendom van de kopie behelzen.

Maar het Hof prikt daar doorheen. Het ziet (in r.o. 45) het downloaden en de licentieovereenkomst als 'een ondeelbaar geheel'. Het downloaden van de kopie is immers zinloos indien de 'bezitter' die kopie niet kan gebruiken. Omdat de klanten tegenover de prijs die zij betalen een in de tijd onbeperkt gebruiksrecht voor de kopie verkrijgen, concludeert het Hof dat die kopie duurzaam bruikbaar moet worden voor de klanten van Oracle waartegenover Oracle een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het werk. In die omstandigheden kwalificeert het Hof het geheel van transacties als de overdracht van de eigendom van de kopie van het betrokken computerprogramma. Interessant is dat het Hof toevoegt (in r.o. 47) dat het voorgaande ook geldt indien de kopie van het programma niet vanaf het internet wordt gedownload maar op een cd-rom of dvd ter beschikking wordt gesteld. Ook dan is sprake van een terbeschikkingstelling van een kopie van een programma met daaraan verbonden licentieovereenkomst, op overigens dezelfde wijze als bij een download van het internet.⁸ Hier blijkt dat het Hof onderscheid maakt tussen (de eigendom van) de fysieke drager en van 'de kopie van het programma', met name waar het overweegt dat 'wanneer een kopie van het betrokken computerprogramma door middel van een fysieke drager zoals een cd-rom of een dvd beschikbaar wordt gesteld, mede de eigendom van die kopie wordt overgedragen'.⁹

8 Door de uitputtingsregel toe te passen op gedownloade exemplaren beslechtte het Hof een in auteursrechtelijke kringen levend twistpunt. Zie Neppelenbroek 2013, p. 14.

9 Zie ook r.o. 55, waar het Hof spreekt van 'kopieën van computerprogramma's op een fysieke drager' en van 'de materiële of immateriële vorm van de betrokken kopie'; in r.o. 61 spreekt het van 'een materiële of immateriële kopie van dat programma'.

Na vervolgens nog enige verweren van Oracle te hebben behandeld – voor het onderwerp van deze bijdrage van minder belang – maakt het Hof (in r.o. 70) nog duidelijk dat de eerste verkrijger die de kopie ‘doorverkoopt’, zijn eigen kopie onbruikbaar dient te maken ‘om geen inbreuk te maken op het exclusieve recht van de auteur van het computerprogramma om dit te reproduceren als bedoeld in artikel 4, lid 1, sub a, van Richtlijn 2009/24’. Dat staat eraan in de weg dat een eerste verkrijger zijn licentie – zoals hiervoor aan de orde kwam, behelst deze in het door Oracle gehanteerde systeem altijd een veelvoud van 25 gebruikers – opsplitst: aan de resterende licentie zou hij niets hebben omdat hij de eigen kopie onbruikbaar moet maken. Het uitbreiden van het eigen gebruiksrecht door aankoop van een additionele ‘tweedehands’ licentie werkt ook niet omdat dat gebruiksrecht geen betrekking heeft op zijn eigen kopie van het programma.

Uiteindelijk concludeert het Hof dat sprake is van uitputting ‘indien de houder van het auteursrecht die het (...) downloaden van die kopie van internet op een gegevensdrager heeft toegestaan, tegen betaling van een prijs waardoor hij een met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk overeenstemmende vergoeding kan ontvangen, tevens een gebruiksrecht voor die kopie zonder beperking in de tijd heeft verleend’.

Daarmee is de beslissing in wezen genomen. In zoverre het distributierecht is uitgeput, kan de auteursrechthebbende zich niet verzetten tegen ‘doorverkoop’ van ‘de kopie van het computerprogramma’, waardoor de opvolgend verkrijger de status van ‘rechtmatig verkrijger’ heeft, aan wie een beroep toekomt op de in artikel 5 lid 1 Software Richtlijn (r.o. 80).¹⁰ Hij mag (zijn kopie van) het computerprogramma dus gebruiken.¹¹

De betekenis van die uitputting wordt door het Hof (in r.o. 84) verder uitgewerkt. Daarbij benadrukt het Hof wederom het ‘onverbrekelijk verband tussen de kopie op de website van de houder van het auteursrecht zoals die naderhand is verbeterd en bijgewerkt en de licentie voor het gebruik van die kopie’. Wederverkoop van de licentie brengt in die visie van het Hof wederverkoop van ‘de kopie’ mee. Het een

10 Het is overigens de vraag of de status van ‘rechtmatige verkrijger’ veel betekenis heeft. Immers, in *UsedSoft* ligt besloten dat de klanten van UsedSoft – niettegenstaande het onoverdraagbaarheidsbeding – de licentie verkregen, die reeds een bevoegdheid tot gebruik van de software inhield. Vgl. *Haberstumpf* 2012, p. 567-568. Wel kan de ‘rechtmatige verkrijger’ additionele bevoegdheden aan art. 5 lid 1 Software Richtlijn ontleen, zoals de hierna nog aan de orde komende bevoegdheid een nieuwe kopie van de website van de auteursrechthebbende te downloaden. Kennelijk anders: het *Bundesgerichtshof* in zijn hierna te noemen na *UsedSoft* gegeven oordeel (BGH 17 juli 2013, *GRUR* 2014, 264), alwaar (onder 42 en 43) wordt opgemerkt: ‘Mit dem Begriff “Weiterverkauf der Lizenz” ist vielmehr gemeint, dass die Nacherwerber mit dem Erwerb der “erschöpften” Programmkopie unter den Voraussetzungen des Art. 5 I der RL 2009/24/EG das gesetzliche Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Computerprogramms erlangen’.

11 Anders A-G Y. Bot, die een strikt onderscheid maakt tussen het distributierecht en het reproductierecht: ook al kon Oracle zich naar zijn mening niet verzetten tegen de wederverkoop van de kopie, Oracle kon zich volgens hem wel verzetten tegen de reproductie die nodig is voor het gebruik ervan. Zie onder 94-100 van de conclusie.

en het ander wordt bestreken door de uitputtingsregel, niettegenstaande het onoverdraagbaarheidsbeding in de licentieovereenkomst.

De verkrijger van de licentie mag van de website van Oracle een nieuwe kopie downloaden; dat geldt in de visie van het Hof als een reproductiehandeling nodig om het programma te kunnen gebruiken en valt als zodanig onder artikel 5 lid 1 Softwarerichtlijn (r.o. 85).

Inmiddels heeft het *Bundesgerichtshof* de oorspronkelijke beslissing van het *Berufungsgericht* vernietigd en de zaak terugverwezen.¹² Onderzocht moet worden of in casu aan de door het Hof van Justitie gestelde voorwaarden is voldaan: hadden eerste verkrijgers inderdaad een onbeperkt licentierecht en hebben zij hun kopie van het programma onbruikbaar gemaakt, welke laatste omstandigheid volgens het *Bundesgerichtshof* bepalend is voor de uitputting van Oracle's distributierecht.¹³

3 Het goederenrecht aan diggelen?

Uit *UsedSoft* zijn vergaande consequenties getrokken, met name door Van Engelen.¹⁴ Uit het gegeven dat het Hof van Justitie spreekt van 'eigendom van een lichamelijke of onlichamelijke zaak' en een 'eigendomsrecht op de kopie van een computerprogramma', leidt hij af dat het Hof van Justitie 'per saldo een nieuw – *sui generis* – eigendomsrecht op onlichamelijke zaken introduceert', een nieuw 'pan-Europees eigendomsrecht' op 'bits & bytes'.

Dat zou de Nederlandse rechtspraak, aldus nog steeds Van Engelen, 'enigszins ontredder' achterlaten, want ons Burgerlijk Wetboek kent in artikel 5:1 BW slechts eigendom op zaken en onder zaken zijn volgens artikel 3:2 BW slechts 'voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten' te verstaan, met andere woorden 'lichamelijke zaken'. Van Engelen vreest dat het gesloten stelsel van absolute rechten, de overdraagbaarheidsbepaling van artikel 3:83 BW en het gesloten systeem van leveringsvormen van Boek 3 zijn gesneuveld.¹⁵ Ons Burgerlijk Wetboek zou moeten worden aangepast om onderdak te kunnen bieden aan dit nieuwe eigendomsrecht.¹⁶

Het komt mij voor dat Van Engelen hier een te groot gewicht toekent aan de beslissing van het Europese Hof van Justitie en wellicht aan de betekenis van het Europese recht in het algemeen. Dat het Hof van Justitie met *UsedSoft* een ravage in het Burgerlijk Wetboek zou hebben aangericht, is alleen al onaannemelijk omdat het niets meer doet dan antwoord geven op prejudiciële vragen over de Softwarerichtlijn,

12 BGH 17 juli 2013, I ZR 129/08, *GRUR* 2014, 264 (*Usedsoft II*).

13 BGH 17 juli 2013, I ZR 129/08, *GRUR* 2014, 264, onder 64. Dat is een kwestieuze overweging omdat het Hof van Justitie er veeleer van uit lijkt te gaan dat niet de verkrijger maar de vervreemder inbreuk maakt op het auteursrecht indien hij zijn eigen kopie niet onbruikbaar maakt. Hij dient, volgens het Hof, zijn kopie immers onbruikbaar te maken 'om geen inbreuk te maken op het exclusieve recht van de auteur van het computerprogramma om dit te reproduceren als bedoeld in artikel 4, lid 1, sub a, van Richtlijn 2009/24' (r.o. 70).

14 Van Engelen 2012, p. 2678-2685, i.h.b. p. 2679-2981.

15 Van Engelen 2012, p. 2683-2684.

16 Van Engelen 2012, p. 2685.

meer precies over de betekenis van artikel 4 lid 2 en artikel 5 lid 1.¹⁷ In de woorden van artikel 288 VWEU is een richtlijn ‘verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch [wordt] aan de nationale instanties (...) de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen’. *UsedSoft* zegt iets over het resultaat dat moet worden bereikt, het doel van de genoemde bepalingen – het vrij verkeer van software respectievelijk de positie van de rechtmatige verkrijger van software tegenover de auteursrechthebbende –, niet over de wijze waarop dat doel moet worden bereikt.

Het is tegen deze achtergrond op zijn minst overtrokken om aan te nemen dat het Hof van Justitie het burgerlijk recht van (toen) 27 lidstaten fundamenteel aan het herstructureren is geweest. Dit geldt temeer nu hier de inrichting van het eigendomsrecht aan de orde is, waaromtrent artikel 345 VWEU bepaalt dat ‘[d]e Verdragen (...) de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet[laten]’. Het mag zo zijn dat aan artikel 345 VWEU geen al te grote betekenis toekomt,¹⁸ maar dat wil nog niet zeggen dat het zo betekenisloos is dat het Hof van Justitie de lidstaten een eigendomsrecht op onlichamelijke zaken zou kunnen voorschrijven. De Softwarerichtlijn ziet ook niet op een harmonisatie van eigendom.¹⁹

Het is geenszins noodzakelijk om een eigendomsrecht op onlichamelijke zaken in te voeren om aan de verplichtingen uit de Softwarerichtlijn te voldoen, zoals die in *UsedSoft* is uitgelegd.²⁰ Het is voldoende dat (1) in gevallen waarin de auteursrechthebbende heeft toegestaan dat een kopie van een programma wordt gedownload tegen betaling van, kort gezegd, de economische waarde van die kopie en tevens een niet in de tijd beperkt gebruiksrecht heeft verleend, de betreffende licentie overdraagbaar is, niettegenstaande een eventueel andersluidend beding; en (2) de auteursrechthebbende de mogelijkheid wordt ontzegd zich te verzetten tegen (reproductie ten behoeve van) het gebruik van de betreffende kopie.

Dit tweede punt vergt niet meer dan een richtlijnconforme interpretatie van artikel 45j Auteurswet. Veel belemmeringen zie ik daarvoor niet. Het begrip ‘exemplaar’ kan evengoed een ‘download’ van een kopie van een computerprogramma omvatten als een op een fysieke drager aangeleverd exemplaar. Men hoeft zich daarvoor niet te begeven in de vraag of die kopie ook geldt als een goed of zaak. Ook kan het begrip ‘rechtmatige verkrijger’ zonder moeite de opvolgend verkrijger van dat ‘uitgeputte’ exemplaar met de daarvoor verleende licentie omvatten.

17 In die zin het *Bundesgerichtshof*, waar het het betoog van Oracle verwierp dat de beslissing van het Hof van Justitie niet bindend was omdat het art. 345 VWEU (waarover hierna meer) zou hebben geschonden waar het zijn beslissing grondt op een voorondersteld ‘Eigentum an nicht-körperlichen Gegenständen’, dat het Duitse recht niet kent. Zie BGH 17 juli 2013, I ZR 129/08, *GRUR* 2014, 264, onder 35 en 36.

18 Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 39-41 en V. Sagaert, ‘De verworvenheden van het Europese goederenrecht’, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 302-307.

19 Vgl. Haberstumpf 2012, p. 562: ‘Was Gegenstand des Eigentumsrechts ist, wie es erworben und übertragen wird, richtet sich nicht nach dem harmonisierten Urheberrecht, sondern nach den nationalen Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten.’

20 Vgl. R. Wibier & J. Diamant in hun reactie op de hiervoor genoemde bijdrage van Van Engelen 2012.

Daarmee zijn we bij het eerste punt – de overdraagbaarheid van de licentie – waarvoor artikel 3:83 lid 2 BW een groter probleem oplevert, maar mijns inziens nog steeds geen onoverkomelijk probleem. Volgens die bepaling kan een vorderingsrecht door partijbeding onoverdraagbaar worden gemaakt. Voor zover de onder (1) genoemde omstandigheden zich voordoen, zou het geven van rechtsgevolg aan het onoverdraagbaarheidsbeding in strijd komen met artikel 4 lid 2 Softwarerichtlijn. In die omstandigheden kan het beding ex artikel 3:40 lid 1 BW nietig worden geacht,²¹ meer precies wegens strijd met de openbare orde, daarin gelegen dat de inhoud van het beding in strijd komt met de uitputtingsregel zoals neergelegd artikel 4 lid 2 Softwarerichtlijn en/of artikel 12b Auteurswet, welk artikel – wat, gezien de tekst, nogal wat moeite kost – richtlijnconform is te interpreteren.

Van Engelen denkt hier vermoedelijk anders over. In zijn naschrift onder een reactie van Wibier en Diamant stelt hij dat een eigendomsoverdracht noodzakelijk is om de uitputtingsregel in te schakelen, zoals in *UsedSoft* zou worden bevestigd.²² Maar daar trapt Van Engelen in zijn eigen val. In *UsedSoft* verwijst het begrip ‘eigendom’ niet naar een bepaald rechtstelsel. Het begrip figureert in een autonome uitleg van het begrip ‘verkoop’. Het Hof hanteert hier een functionele benadering: los van de nationale begrippen, stelt het vast dat de combinatie van het downloaden van een kopie en het sluiten van de licentieovereenkomst waarin een niet in de tijd beperkt gebruiksrecht is opgenomen tegen betaling van een met de economische waarde overeenstemmende prijs, impliceert ‘dat de eigendom van de kopie van het betrokken computerprogramma wordt overgedragen’.²³ Dat volstaat om de uitputtingsregel ‘in te schakelen’, ongeacht of de transactie in het betreffende nationale stelsel als een ‘koop’ of ‘eigendomsoverdracht’ kan worden aangemerkt.

Hoewel het met de gevreesde ‘ravage in het goederenrecht’ wel meevalt en *UsedSoft* ons geen ‘pan-Europees eigendomsrecht op bits & bytes’ voorschrijft,²⁴ kan wel de vraag worden gesteld of omarming van zo’n eigendomsrecht niet wenselijk is met

21 Zie over de mogelijkheid van nietigheid wegens strijd met een richtlijn Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 158. Daar wordt ook de mogelijkheid geopend dat een beroep op een bepaling afstuit op art. 6:248 lid 2 BW, waarover ook W. Snijders, ‘Beperkte werking van de redelijkheid en billijkheid: de Europese dimensie’, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 452-454. Dat de Hoge Raad bereid is de combinatie nietigheid/strijd met de redelijkheid en billijkheid in stelling te brengen ingeval een beding in strijd komt met een wettelijke bepaling blijkt uit HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224 (*Megapool*).

22 Th.C.J.A. van Engelen, ‘Naschrift onder een reactie van R. Wibier en J. Diamant’, *NJB* 2012, p. 2968-2969.

23 Zie r.o. 46. De Engelse tekst spreekt van ‘involve the transfer of the right of ownership of the copy of the computer program in question’.

24 Overigens, indien het met toepassing van de genoemde bepalingen niet mogelijk zou zijn aan de eisen van de Softwarerichtlijn c.q. *UsedSoft* te voldoen, maar daarvoor erkenning van een ‘pan-Europees eigendomsrecht op onlichamelijke zaken c.q. bits en bytes’ nodig is, betekent dat niet dat we dus zo’n eigendomsrecht hebben. Dat vergt een ingrijpen van de wetgever dan wel de mogelijkheid voor (en de wil van) de rechter om zo’n eigendomsrecht binnen het systeem te realiseren. Bij gebreke van het een en het ander worden zij niet ‘overruled’ door het Hof van Justitie maar is een *Francovich*-aansprakelijkheid het gevolg.

het oog op de hanteerbaarheid en toegankelijkheid van het recht. Meer in het algemeen bestaat er aanleiding de vraag te stellen naar de rol die het goederenrecht ten aanzien van dit soort digitale producten kan spelen.

Een aanleiding te meer vormt HR 27 april 2012, *NJ* 2012/293-294 (*De Beeldbrigade*), waar de Hoge Raad – de goederenrechtelijke aard van software in het midden latend²⁵ – titel 7.1 BW op de koop van standaardsoftware toepasselijk heeft geacht. Kan, waar software in toenemende mate als ‘goed’ wordt behandeld, hij ook als goed worden gekwalificeerd? Dezelfde vraag kan worden gesteld voor andere digitale producten als mp3-bestanden, virtuele objecten, enzovoort.

4 Is het goederenrecht open of gesloten?

Wanneer het gaat om het introduceren in het goederenrecht van – voor goederenrechtelijke begrippen – ‘nieuwewetse’ figuren als software, gaan de gedachten uit naar de *numerus clausus*. Het Nederlandse recht kent een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. Hoe valt een recht op ‘bits & bytes’ daarin in te passen? Ervaringen uit het verleden zouden de gedachte kunnen doen postvatten dat dit een ingrijpen van de wetgever vergt. Waar zich in het verleden nieuwe figuren aandienen, kwam hij geregeld met een wettelijke regeling van een nieuw (intellectuele-eigendoms)recht: modellenrecht, databankrecht, naburige rechten, topografierecht, enzovoort.

Maar de *numerus clausus* is voor het onderhavige probleem een minder grote belemmering dan op het eerste gezicht lijkt. Wat nodig is, is geen nieuw goederenrechtelijk recht naast eigendom, vruchtgebruik, pand, hypotheek, erfpacht en erfdienstbaarheid, maar voldoende is de erkenning van een vermogensrecht. Daarvoor biedt ons recht meer ruimte.²⁶ Wordt zo’n vermogensrecht erkend, dan geldt dat als goed (art. 3:2 BW) waarop de normale goederenrechtelijke regels kunnen worden toegepast en is het net zo min nodig een nieuw goederenrechtelijk recht te introduceren als toen Bell de telefoon uitvond, Stam de ‘achterpootloze’ buizenstoel of Bíró de balpen: toen hoefde de wetgever ook niet een ‘telefoonrecht’, ‘buisenstoelrecht’ of ‘balpenrecht’ te introduceren; het eigendomsrecht voldeed prima.²⁷

De moeilijke vraag is óf software een (voorwerp van een) vermogensrecht constitueert. Het begint er al mee dat het al moeilijk is de vinger te leggen op wat onder software moet worden verstaan.

25 Zie r.o. 3.4 van *NJ* 2012/293. Uit r.o. 3.5 zou men evenwel kunnen opmaken dat de Hoge Raad deze software niet beschouwt als een goed, waar hij overweegt dat ‘geen aanleiding [bestaat] de aanschaf van standaardsoftware te onderscheiden van de koop van zaken en vermogensrechten’.

26 Zie W. Snijders, ‘Ongeregeldheden in het vermogensrecht’, *WPNR* 2005, 6607, p. 81-82. Zie terughoudender Struycken 2007, p. 473-489.

27 Iets anders is dat in al deze gevallen niet slechts een nieuwe zaak werd gecreëerd, maar dat ook een intellectuele prestatie werd geleverd die vatbaar was voor bescherming door een intellectuele-eigendomsrecht, los van het eigendomsrecht op de zaak zelf.

5 Wat is software?

Allereerst moet worden vastgesteld dat het niet gaat om het idee van de software, de software als intellectueel product. Daarvoor is het auteursrecht gegeven. Het gaat ook niet om de fysieke ‘nullen en enen’, de magneetveldjes of putjes op de harde schijf of cd/dvd c.q. de drager waarop die software is vastgelegd. Die fysieke drager functioneerde tot dusver als vluchtheuvel om de materie letterlijk en figuurlijk beheersbaar te maken: verhandeling van de drager betekende verhandeling van de software, de uitputtingsregel verzekerde dat die drager kon worden verhandeld en artikel 45j Auteurswet verzekerde dat de verkrijger de software op de drager mocht gebruiken.

UsedSoft maakt duidelijk dat die vluchtheuvel niet meer volstaat.²⁸ Het Hof van Justitie maakt onderscheid tussen de drager en ‘de kopie van het computerprogramma’ en koppelt zowel de uitputtingsregel als het gebruiksrecht van de rechtmatige verkrijger aan dat laatste, ook als die kopie via een download wordt verkregen.²⁹ Het Hof spreekt in dit verband (in r.o. 61) van een ‘materiële’ en een ‘immateriële’ kopie. Sterker nog, de daadwerkelijke kopie, hoe dan ook verkregen, materieel of immaterieel, is van ondergeschikt belang. Het zwaartepunt ligt op het gebruiksrecht c.q. de licentie.³⁰ Wordt dat overgedragen, dan dient de vervreemder zijn kopie ‘onbruikbaar’ te maken. Het is niet nodig dat hij van de vervreemder de drager met de daarop vastgelegde kopie verkrijgt.³¹ Een kopie van diens kopie – bijvoorbeeld in de vorm van een van de vervreemder gedownload of door deze laatste per e-mail verzonden bestand – heeft dezelfde status als de oorspronkelijke kopie, neemt als het ware de plaats daarvan in.³² Zelfs is het zo dat de verkrijger zijn kopie niet per se van de vervreemder hoeft te ontvangen. In r.o. 85 is het uitgangspunt veeleer dat de

28 Vgl. Hoeren 2013, p. 488. Mogelijk anders, ook na *UsedSoft*, Neppelenbroek 2013, p. 187, die opmerkt: ‘Software bestaat niet als het niet op één of andere manier is vastgelegd’; om daar paradoxaal aan toe te voegen: ‘Naar mijn mening is het daarom het beste om als men al over software als zaak wenst te spreken, dat men dan de drager + software bedoelt’.

29 Het zij overigens opgemerkt dat het Hof van Justitie in zijn arrest van 23 januari 2014 in de zaak C-355/12 (*Nintendo Co. Ltd. e.a./PC Pox Srl. e.a.*) ten aanzien van ‘videogames’ als daar aan de orde, heeft beslist dat deze ‘complex materiaal [vormen] dat niet alleen een computerprogramma bevat, maar ook grafische en geluidselementen die, hoewel zij in computertaal zijn gecodeerd, een eigen scheppende waarde hebben die niet tot deze codering kan worden beperkt’. Die delen worden, voor zover zij bijdragen aan de oorspronkelijkheid van het werk, samen met het volledige werk auteursrechtelijk beschermd door de regeling van Richtlijn 2001/29/EG (voluit: Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij). Nog niet duidelijk is of en zo ja, in hoeverre, dat bij ‘meeromvattende’ computerprogramma’s tot andere resultaten leidt voor de hier aan de orde zijnde materie. Het uitputtingsrecht volgens de beide richtlijnen wordt in *UsedSoft* ten minste voor een deel op elkaar afgestemd (r.o. 52) en voor een ander deel houdt het Hof zijn kruit droog (r.o. 60).

30 Vgl. Hilty 2012, p. 631-632.

31 Haberstumpf 2012, p. 565 ziet in r.o. 78 van het Europese Hof van Justitie een innerlijke tegenstelling: iemand die ‘zijn’ kopie overdraagt, kan deze niet meer onbruikbaar maken en degene die ‘zijn’ kopie onbruikbaar maakt en vervolgens overdraagt, pleegt wanprestatie.

32 Vgl. Hilty 2012, p. 628.

verkrijger van de licentie rechtstreeks van de website van de auteursrechthebbende een kopie kan downloaden.

Tegen deze achtergrond zou ik menen dat het gaat om het – of wellicht zelfs: *een* – bestand met computerinstructies,³³ hoe ook verkregen, door het Hof van Justitie in *UsedSoft* in onverbrekelijk verband gezien met het recht dat bestand uit te voeren.

6 Is software geschikt als voorwerp van een goederenrechtelijk recht?

Goederenrechtelijke rechten zijn absolute rechten. Omdat deze aan eenieder kunnen worden tegengeworpen, is het aangewezen dat eenieder in staat is zijn gedrag daarop in te stellen, vast te stellen wat dat recht inhoudt. Daarmee verband houdend, moet in zekere mate duidelijk zijn – of kunnen worden – waarop dat recht betrekking heeft. Het object moet individualiseerbaar zijn.

Niet elk object is geschikt om als voorwerp van een goederenrechtelijk recht te fungeren. Het moet vatbaar zijn voor individualisering en geschikt zijn om de rechthebbende een afgebakende, beschermde positie te verschaffen. De voorbeelden van objecten die niet geschikt zijn als ‘zaak’ te functioneren zijn bij uitstek: ‘lucht’ (in de zin van atmosfeer), ‘water’ (in de vrije natuur), de zon.³⁴ Verschillende overwegingen spelen hier een rol. De genoemde objecten zijn als zodanig niet te beheersen: de atmosfeer, oceaan en zon laten zich niet onderwerpen aan enig menspersoon. Daarmee samenhangend, ze zijn ook onafgebakend en vluchtig, althans de eerste twee: de lucht of het water bevindt zich nu weer eens hier, dan weer daar. Ten slotte zijn zij ook onuitputtelijk. Lucht, water en zon(licht) is er in zo’n mate, althans in de territoria van vele rechtsstelsels, dat aan ieders behoeften kan worden voldaan. Waar overvloed is, hoeft het recht geen schaarste te verdelen. Waar eenieder *à volonté* kan nemen, hoeft het goederenrecht geen exclusieve rechtsposities toe te kennen.

Zoiets speelt ook bij immateriële ‘objecten’. Ook hier leent niet alles zich ertoe een vermogensrecht te constitueren. Een vermogensrecht op ‘geloof’, ‘hoop’ of ‘liefde’ is ondenkbaar, om vergelijkbare redenen als hiervoor in het kader van materiële zaken behandeld.

Hoe zit dat met ‘informatie’, al dan niet in de variant ‘software’? Informatie laat zich maar moeilijk afbakenen of beheersen, niet in juridische zin, tegen de achtergrond van het grondwettelijke recht informatie te ontvangen en te verspreiden, maar ook niet in meer praktische zin.³⁵ In de digitale wereld verplaatst informatie zich in een flits over de gehele wereld. Informatie, software daaronder begrepen, is,

33 Vgl. Haberstumpf 2012, p. 563, die spreekt van ‘die Zeichenfolge (...) die im Falle eines Computerprogramms den Objektcode des Programms in hexadezimaler Schreibweise ausdrückt’. Haberstumpf spreekt van de ‘Datenbestandtheorie’ die door het Europese Hof van Justitie zou zijn omarmd: het ‘Datenbestand’ of de ‘Bit-Strom’ zou zijn overgedragen.

34 Zie over de eerste twee voorbeelden J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 150-159.

35 Vgl. Hoeren 2013, p. 489: ‘Nun sind Ideen nicht fassbar genug, um eine dingliche Zuweisungsposition festzumachen. Informationen sollen gerade nicht über die entsprechenden Schutzrechte hinaus mit Ausschließlichkeitsrechten geschützt werden.’

met name in een digitale omgeving, onbeperkt dupliceerbaar, tegen te verwaarlozen kosten. Degene die informatie ‘heeft’, kan haar anderen verstrekken, zonder er zelf de beschikking over te verliezen.³⁶

Toch is wel sprake van enige (vatbaarheid voor) beheersing en exclusiviteit. Opmerkelijk genoeg is deze materie vooral in het strafrecht aan de orde geweest. In *Runescape* werden een virtueel amulet en masker, die een rol speelden in het onlinespel *Runescape*, als ‘enig goed’ in de zin van artikel 310 Sr. aangemerkt.³⁷ Meer in het algemeen overwoog de Hoge Raad:

‘In art. 310 Sr is strafbaar gesteld het opzettelijk onttrekken aan de feitelijke heerschappij van enig goed dat aan een ander toebehoort met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen. Het begrip enig goed komt daarbij een autonome betekenis toe. Ook een niet-stoffelijk object kan daaronder worden begrepen, mits het gaat om een object dat naar zijn aard geschikt is om aan de feitelijke heerschappij van een ander te worden onttrokken’.

Daarvan was in casu sprake omdat het virtuele amulet en masker uitsluitend ter beschikking stonden aan de speler die er met zijn onlineaccount feitelijk en exclusief de beschikking over had en aan wie deze met geweld waren ontfutseld. Hier is het dus de context van het spel waardoor heerschappij wordt verleend, maar ook schaarste, omdat amuletten en maskers slechts beperkt door de ontwikkelaar van het spel ter beschikking worden gesteld.³⁸

‘Computergegevens sec’ werd niet het karakter van goed (nog steeds in strafrechtelijke zin) toegekend:³⁹

‘Immers, van een “goed” als bedoeld in de hiervoren genoemde wettelijke bepalingen moet als een wezenlijke eigenschap worden beschouwd dat degene die de

36 Vgl. Haberstumpf 2012, p. 563, alsmede in het Engelse recht Law Commission Report No. 110 (1981), p. 26-27, zoals geciteerd door P. Kohler-N. Palmer, ‘Information as property’, in: N. Palmer-E. McKendrick, *Interest in Goods*, 2nd edition, 1998, p. 15: ‘A person may, (...), commonly impart information to others and continue to be in possession of it, concurrently with those others.’

37 HR 31 maart 2012, *NJ* 2012/536.

38 Zie voor bedenkingen over het aldus tot ‘enig goed’ promoveren van virtuele goederen, B.J. Koops, ‘Virtuele en reële delicten. Een beschouwing over het RuneScape-arrest en computercriminaliteitswetgeving’, *CR* 2013/4. Hij concludeert daar (onder 3.3) dat ‘virtuele goederen’ zeer vaak als ‘enig goed’ kunnen worden aangemerkt. Zie over de vraag of ‘virtuele goederen’ ook een goed in de zin van art. 3:1 BW zijn, onder meer, E.D.C. Neppelenbroek, ‘Het drakenzwaard of: virtuele goederen als vorderingsrecht uit online-contracten’, *AA* 2006, p. 24-32 en C. Spierings & G. Pesselse, ‘Reële diefstal van een virtuele amulet: een analyse van het RuneScape-arrest vanuit straf- en goederenrechtelijk perspectief’, *NTBR* 2012/28. Zie voor een pleidooi vóór toepassing van ‘property law’ op – zeer ruim gedefinieerd (zie op p. 1053 e.v.) – ‘virtual property’, J.A.T. Fairfield, ‘Virtual Property’, *B.U.L. Rev.* 1047.

39 HR 3 december 1996, *NJ* 1997/574. De Luxemburgse wetgever gaat, in een civielrechtelijke context, een stap verder door (computer)gegevens en bestanden aan te merken als ‘biens meubles incorporels’. Zie art. 567, al. 2 Code de commerce, waarover zo meteen meer.

feitelijke macht daarover heeft deze noodzakelijkerwijze verliest indien een ander zich de feitelijke macht erover verschafft.’

Het kopiëren van bestanden van een brief (en andere vertrouwelijke bestanden) en van ‘de automatisering’ kon niet gelden als ‘verduistering’.⁴⁰

Hoe zit het met ‘software’? Is hier sprake van een mogelijke machtspositie ten aanzien van een schaars goed, ondanks het ‘grenzeloze’ karakter van informatie?⁴¹ Hier spelen intellectuele-eigendomsrechten een rol, die de rechthebbenden in staat stellen sommige vormen van informatie, waaronder software, te monopoliseren. In zekere zin creëren deze rechten – wat software betreft: het auteursrecht – schaarste, doordat zij kunnen verbieden dat die informatie wordt gekopieerd (en daarmee, wat software betreft: gebruikt). En ook waar dat auteursrecht volgens de *UsedSoft*-doctrine is uitgeput, neemt de schaarste geen einde. De vervreemder van software dient zijn kopie immers onbruikbaar te maken.⁴²

Maar wel blijft software een ‘vluchtig’ iets. De verkrijger verwerft niet, althans niet per se, de ‘nullen en enen’ van de vervreemder, maar kan deze ook van de auteursrechthebbende downloaden. En bovendien is die software niet, althans niet per se, een statisch iets. Updates en patches veranderen de ‘nullen en enen’, nieuwe faciliteiten kunnen worden toegevoegd, oude beperkingen worden opgeheven. Is er wel een object met voldoende continuïteit, stabiliteit?

Ik ben geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden. In het intellectuele-eigendomsrecht wordt tegen soortgelijke problemen opgelopen. Deze vraag is bijvoorbeeld niet zoveel anders dan de vraag of iemand door zelf een ‘werk’ te vervaardigen, inbreuk maakt op eens anders auteursrecht op een werk. Maar ook in het aloude zakenrecht doen zich deze problemen voor. De vraag of een zaak na een aantal bewerkingen en aanpassingen een nieuwe zaak oplevert, met de goederenrechtelijke gevolgen die artikel 5:16 BW daaraan verbindt, lijkt mij niet van fundamenteel andere aard.

Kortom, ‘onder de streep’ is bij software sprake van een voor beheersing vatbaar object met een zekere continuïteit. Maar het is wel een object van bijzondere aard: het houdt het midden tussen een ‘idee’, bestreken door het auteursrecht en een ‘zaak’, bestreken door het goederenrecht.

40 Overigens las de Hoge Raad het arrest van het Hof zo dat de zaak betrekking had op ‘computerschijven of harde schijven, in elk geval enig goed’, waarop computergegevens voorkomen’.

41 Haberstumpf 2012, p. 563-564 beantwoordt, zoals ik hem begrijp, deze vraag in ontkennende zin; hij rekent het ‘Datenbestand’ als zodanig tot de ‘geistige Gegenstände’, de ‘vrije ideeënwereld’. Hij schrijft: ‘Wer einmal berechtigt oder unberechtigt Zugang zu einem Werk gehabt hat, kann es intellektuell verarbeiten, im Gedächtnis behalten und auf welche Art auch immer wiedergeben, ohne dass er an das Original, ein Vervielfältigungsstück oder einen Akt der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.v. Art. 3 der Richtlinie 2001/29EG (...) gebunden bleibt.’ Hoeren 2013, p. 489 merkt evenwel op: ‘Anders als bei Ideen, Informationen oder Know-how sind Daten abgrenzbar und es ist möglich, zwischen Besitzer und “Eigentümer” zu unterscheiden.’

42 Haberstumpf 2012, p. 570-571 ziet dat kennelijk anders, want volgens hem is de vervreemder nog steeds ‘rechtmatig verkrijger’ van de reservekopie die hij volgens art. 8 lid 2 van de Software Richtlijn kan maken.

7 Is sprake van een vermogensrecht?

Artikel. 3:6 BW definieert vermogensrechten als '[r]echten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel'.⁴³ Het levert geen probleem op software onder een van de genoemde drie categorieën te brengen: het is, in ieder geval in zekere zin, overdraagbaar – dat is juist een belangrijk element in *UsedSoft* –, het pleegt te worden verkregen tegen betaling, via download of op een drager dan wel op maat gemaakt, en het strekt vaak tot stoffelijk voordeel. Zoals vaak waar artikel 3:6 BW aan de orde is, komt het aan op de vraag of van een 'recht', meer precies, een subjectief recht kan worden gesproken. Dit begrip, cruciaal in de definitie van vermogensrecht, wordt zelf niet in de wet gedefinieerd; de wetgever heeft die definitie aan de doctrine overgelaten.⁴⁴ In die doctrine speelt Meijers, als grondlegger van ons vermogensrecht, een centrale rol. Hij spreekt in dit verband over 'een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen'.⁴⁵

De verkrijger van software heeft een belang, te weten het te eigen nutte of vermaak gebruiken van de software of het door deelname aan het handelsverkeer te gelde te maken. De vraag of de verkrijger ook een bijzondere bevoegdheid heeft toegekend gekregen om deze belangen te beschermen, is minder gemakkelijk te beantwoorden. Uit *UsedSoft* blijkt wel dat hij met het oog op de beide genoemde belangen een beroep kan doen op artikel 45j Auteurswet respectievelijk de uitputtingsregel. Maar kan men hier spreken van een *bijzondere* bevoegdheid? Of maakt degene die software gebruikt of verhandelt simpelweg gebruik van de algemene vrijheid die eenieder van nature toekomt? Het betreft in zekere zin het gebruik maken respectievelijk het doorgeven van informatie (de 'nullen en de enen'). Dat staat eenieder vrij. Waar het auteursrecht niet (langer) verhindert dat die informatie wordt gebruikt of doorgegeven, is het weer, zou men kunnen zeggen, een kwestie van het uitoefenen van de algemene vrijheid.

Daar kan dan weer tegenin gebracht worden dat anderen dan de verkrijger van software niet de vrijheid hebben de betreffende informatie te gebruiken en door te geven. Het auteursrecht verhindert dat juist. Slechts de verkrijger van software kan zich tegen de auteursrechthebbende teweerstellen.

Is het zinvol om in deze situatie te spreken van een (subjectief) recht; en daarmee van een vermogensrecht? Het betreft hier, in ieder geval mede, in de woorden van Meijers een vraag van 'doelmatige ordening'.⁴⁶ Ik ben geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden. Software functioneert in het maatschappelijk verkeer als

43 Het betreft overigens geen limitatieve definitie. Zie de MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 91.

44 Zie de Toelichting-Meijers, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 89, noot 1.

45 Meijers 1958, p. 86. Vgl. Ph. A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 45-46 die komt tot de definitie 'een belang, door het objectieve recht en mede door eene actie beschermd tezamen met deze actie zelve.' Zie voorts over het subjectief recht, althans Meijers' visie daarop, Struycken 2007, p. 473-489.

46 Meijers 1958, p. 90.

vermogensobject. Men heeft ‘zijn’ versie van ‘Word for Mac’, ongeacht of deze is aangeleverd op cd’s of als download via internet is ontvangen.⁴⁷

En hoewel de beschermde positie niet bijzonder veel om het lijf heeft – weinig meer dan een verweer tegen (slechts) de auteursrechthebbende – is deze niet onbetekend. Het aanvaarden van het subjectief recht c.q. vermogensrecht, sluit mijns inziens aan bij de positie die software in het maatschappelijk verkeer inneemt en vergemakkelijkt in zekere mate het functioneren als vermogensobject doordat de vermogensrechtelijke regels erop kunnen worden toegepast.⁴⁸

Toch moet de ‘winst’ die aldus wordt geboekt niet te hoog worden ingeschat. Het blijft, ook bij het aanvaarden van een vermogensrecht op software, een ‘eigenaardige’ rechtsfiguur, vanwege het ideële karakter van software als informatie, de dupliceerbaarheid ervan, de link tussen licentie en die informatie en de Europeesrechtelijke invloeden, een atypisch vermogensrecht, waarop de normale regels niet altijd zonder moeite kunnen worden toegepast.⁴⁹

Zo ligt het voor de hand dat een overdracht van dit ‘softwarerecht’ gepaard gaat met een overdracht van de licentie. Dat is echter op zichzelf zinloos indien de verkrijger niet ook de beschikking krijgt over de ‘nullen en enen’. Dit kan een kopie zijn van de eigen kopie van de vervreemder, maar het kan ook een nieuwe download van de website van de auteursrechthebbende betreffen, waartoe de auteursrechthebbende zelfs, zo lijkt uit *UsedSoft* te volgen, gelegenheid moet geven. In beide gevallen verliest de vervreemder de beschermde positie die hij aan het verwerven van de software ontleende en dient hij zijn eigen kopie van het programma onbruikbaar te maken, op straffe van het inbreuk maken op het auteursrecht.

Wellicht dat een afzonderlijke overdracht zelfs niet nodig is. Het Hof heeft het per slot van rekening over een onverbrekelijke band tussen de kopie van het programma en de licentie. Men kan hierin – in de context van het Nederlandse recht – een kwalitatief recht zien.⁵⁰ Iemand die zijn kopie van het programma doet overgaan, heeft

47 Vgl. Hoeren 2013, p. 489: ‘Für Menschen, die täglich mit digitaler Technik umgehen, sind Daten aber bereits zu einem selbstverständlichen, fühlbaren Wert geworden. Es wird auch juristischen Laien einleuchten, dass Daten, die etwa auf zur Verfügung gestelltem Speicher im Internet liegen, nicht dem Eigentümer des Servers “gehören” und dieser nach Belieben damit verfahren kann.’

48 Zie voor een poging ‘Daten’ een plaats te geven in het civiele recht, Hoeren 2013, p. 486 e.v., m.n. p. 488-491. Voor een verkenning van de mogelijkheden om – nog ruimer – ‘information’ als ‘property’ te beschouwen P. Kohler & N. Palmer, ‘Information as property’, in: N. Palmer & E. McKendrick, *Interest in Goods*, 2nd edition, 1998, p. 3-24, met specifieke aandacht voor ‘software as goods’ op p. 17-19.

49 Vgl. Hoeren 2013, p. 490: ‘Die Analogie zum dinglichen Eigentum kann selbstverständlich nicht grenzenlos sein. Das sachenrechtliche System dient nur insoweit der Einordnung von Dateneigentum, wie es wesensgemäß anwendbar und sachdienlich ist.’ Nog een stap verder gaan Kohler & Palmer in: Palmer & McKendrick 1998, p. 22: ‘The point to be made is that the property label is a conclusion not a premise’; afhankelijk van de wijze waarop het recht (vertrouwelijke) informatie behandelt c.q. beschermt, kan een passende conclusie zijn dat die informatie ‘a proprietary characteristic’ heeft. De vraag is gerechtvaardigd of de goederenrechtelijke invalshoek in deze benadering nog praktische betekenis kan hebben.

50 Anders Neppelenbroek 2013, p. 188, die het verband evenwel betreft op een meer fysiek benaderd ‘exemplaar’ en niet op de ‘kopie van het programma’.

geen belang bij de licentie. Maar ook andersom geldt dat degene die zijn licentie overdraagt, de ander ook de kopie van het programma in handen speelt, hetzij omdat die die van de vervreemder verkrijgt, hetzij omdat deze van de website van de auteursrechthebbende wordt gedownload, in welk geval de vervreemder zijn eigen kopie onbruikbaar dient te maken. Dit zou betekenen dat licentie en kopie niet of nauwelijks in verschillende handen kunnen zijn, hetgeen sterk pleit voor het aannemen van een eenheid, één goed, een ‘software(vermogens)recht’.

Als het dan ook nog zo is – hetgeen niet zonder meer uit *UsedSoft* voortvloeit, maar wel in de lijn van die uitspraak ligt – dat degene die de ‘nullen en enen’ krijgt overgedragen – als ‘materiële’ of ‘immateriële’ kopie – ook de status van rechtmatige gebruiker krijgt en wellicht zelfs de licentie verwerft, dan betekent dit dat het aktevereiste van artikel 3:95 BW hier is geëcarteerd, in welk geval software niet alleen feitelijk maar ook juridisch op vergelijkbare wijze als zaken functioneert.

Erkennen van een vermogensrecht opent de deuren voor de rechtsontwikkeling. Naar gelang software – maar ook andere digitale producten – op gelijke wijze als (andere) goederen in het maatschappelijk verkeer functioneren, dient het (goederen)recht dat te faciliteren. Men denke aan een recht van vruchtgebruik op software, maar ook ‘revindicatoir’ beslag op software, ongeacht of deze zich op een drager van de rechthebbende bevindt of in de ‘cloud’ is opgeslagen.

In ieder geval is het zaak niet achter te blijven met onze juridische ‘infrastructuur’. Op dit punt hebben we een achterstand in te halen. In Luxemburg bepaalt artikel 567, al. 2, van de Code de commerce sinds de Wet van 9 juli 2013 dat

‘[I]les biens meubles incorporels non fongibles en possession du failli ou détenus par lui peuvent être revindiqués par celui qui les a confiés au failli ou par leur propriétaire, à condition qu’ils soient séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l’ouverture de la procédure’.

Onder ‘biens meubles incorporels non fongibles’ worden, volgens de toelichting, mede verstaan ‘les données et fichiers’.⁵¹ Kennelijk ziet de Luxemburgse wetgever er geen been in niet slechts software, maar zelfs ‘gegevens’ of ‘bestanden’ als ‘onlichamelijke zaak’ te laten functioneren.

8 Tot slot

Hoewel *UsedSoft* er niet toe verplicht ‘software’ een goederenrechtelijke status te geven, bestaan er aanleiding en mogelijkheden die status wel te verlenen. Dat wrikt enigszins met het goederenrechtelijke systeem, maar niet zodanig dat structurele schade – laat staan: een ‘ravage’ – wordt aangericht. Hooguit moet het goederenrecht hier en daar worden bijgeschaafd. Richtlijnconforme uitleg kan goede diensten bewijzen; enige ‘finetuning’ door de wetgever valt te prefereren.

51 Chambre des députés, no 6485, Session ordinaire 2011-2012, projet de loi portant modification de l’article 567 du Code de commerce, Exposé des motifs et commentaire de l’article unique, p. 3.

Een koopfictie in een fictieve wereld

De hanteerbaarheid van het kooprecht voor digitale inhoud in het CESL

E.D.C. Neppelenbroek

1 Inleiding

Het begrip ‘digitale inhoud’ is aan een grote Europese opmars bezig. Reden daarvoor is dat digitale inhoud niet eenvoudig valt te kwalificeren als de Europese begrippen ‘goed’ en ‘dienst’, bekend van het vrije verkeer daarin. Alleen stoffelijke waren zijn goederen en digitale inhoud is niet stoffelijk op zichzelf. Maar digitale inhoud wordt toch ook te zeer als ‘informatieproduct’ gezien om het onder het begrip ‘dienst’ te plaatsen. Dit betekent dat digitale inhoud, zeker als deze niet op een stoffelijke drager wordt geleverd in het materiële Europese recht op verschillende plaatsen als een aparte categorie gaat fungeren, vaak naast (niet op een drager aangeleverde) energie.¹

In deze bijdrage staat het begrip digitale inhoud in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (CESL) centraal.² Dit voorstel voor een optioneel instrument geeft veel ruimte voor de toepasselijkheid van het kooprecht als het gaat om digitale inhoud. Het begrip wordt in artikel 2 sub j CESL als volgt gedefinieerd:

“digitale inhoud”: gegevens die, al dan niet volgens de specificaties van de koper, in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden, inclusief video, audio, afbeeldingen of schriftelijke digitale inhoud, digitale spellen, software en digitale inhoud waarmee bestaande hardware of software kan worden gepersonaliseerd.”

Uiteraard is deze optionele regeling van toepassing op koopovereenkomsten (art. 5a CESL), maar ook voor andere overeenkomsten kan dit kooprecht optioneel van toepassing worden verklaard. Het gaat hier dus om niet-koopovereenkomsten waarvoor het kooprecht van toepassing kan worden verklaard, of, met andere woorden: het gaat om een fictie. Bij digitale inhoud gaat het dan om:

1 In de richtlijn consumentenrechten uit 2011 (richtlijn 2011/83/EU) wordt bijvoorbeeld de overeenkomst met betrekking tot digitale inhoud die niet is aangeleverd op een materiële drager in een eigenstandige categorie geplaatst. Dit wordt in de volgende passage uit overweging 19 bij de richtlijn tot uitdrukking gebracht: ‘Evenals overeenkomsten voor de levering van water, gas of elektriciteit die niet gereed zijn gemaakt voor verkoop in een beperkt volume of in een bepaalde hoeveelheid, of van stadsverwarming, dienen overeenkomsten betreffende digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd, voor de toepassing van deze richtlijn niet te worden aangemerkt als verkoop- of dienstenovereenkomst.’

2 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011) 635 definitief, 11 oktober 2011, waarbij CESL de Engelse afkorting is voor Common European Sales Law. Zie nader over de reikwijdte en de totstandkoming van deze bepalingen Loos 2014, p. 2-4.

‘overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, al dan niet op een materiële gegevensdrager, die door de gebruiker kan worden opgeslagen, verwerkt en hergebruikt, en waartoe hij toegang kan hebben (...)’.³

Hoewel het hier gaat om een enkel nog voorgestelde optionele regeling, is de mogelijke impact van deze regel groot. Er bestaat veel rechtsonzekerheid met betrekking tot contracten voor digitale inhoud als muziekbestanden en software. In de eerste plaats is het moeilijk om bij deze contracten rekening te houden met het auteursrechtelijke, ‘licentieerbare’ karakter ervan. Daar komt nog bij dat een eindgebruiker deze digitale inhoud steeds vaker niet meer als bestand ontvangt (of dat nu gebeurt via een download of een drager) maar dat deze eindgebruiker alleen toegang tot het informatieproduct krijgt. Bij muziek kan men dan denken aan een abonnement op toegang tot muziek als Spotify en bij computerprogrammatuur aan wat ‘Software as a service’ (Saas) is gaan heten. Zou met de kwalificatie als koop voor alle contracten voor digitale inhoud, of het nu gaat om verkrijging van documenten of toegang tot informatie, in een veeg duidelijkheid kunnen worden geschapen? Is dat niet de hanteerbaarheid ten top?

Loos is een pleitbezorger voor een brede toepasselijkheid van het CESL, ook als het bij digitale inhoud ‘een soort van quasi-koopovereenkomsten’ betreft. Hij zondert wel die overeenkomsten uit waarbij men *eenmalig* via streaming toegang verkrijgt tot een informatieproduct. Dit sluit echter ook weer niet uit dat bepaalde ‘cloudproducten’ onder het kooprecht kunnen komen te vallen. Waar volgens Loos precies de grens ligt voor de mogelijke toepasselijkheid van het CESL is mij daarmee niet helemaal scherp geworden.⁴

In de literatuur is door sommigen ook een brede toepasselijkheid van het nationale kooprecht bepleit voor de aanschaf van digitale inhoud. Loos constateerde al eerder dat zaken en diensten in de elektronische omgeving meer en meer verweven zullen raken en dat het kooprecht ook in de online-situatie moet worden toegepast.⁵ Rinze-
ma pleit ervoor voor elk denkbare licentieverschaffing voor software het kooprecht toe te passen.⁶ Voor het consumentenkooprecht leek de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de richtlijn consumentenrechten een bijzondere brede toepasselijkheid in artikel 7:5 BW mogelijk te maken.⁷ Hiervan is de minister, na protest in de Eerste Kamer en de literatuur uiteindelijk toch teruggekomen.⁸ De minister

3 De bepaling is niet volledig weergegeven. De bepaling vervolgt met: ‘ongeacht of tegenover die levering de betaling van een prijs staat.’ Dit laatste aspect laat ik hier buiten beschouwing.

4 Loos 2014, p. 4.

5 Loos 2011, p. 592.

6 Rinze-
ma 2012, p. 1950.

7 *Kamerstukken I* 2013/14, 33520, A.

8 Zie de kritische beschouwingen van: C. Jeloschek en V. van Druenen, ‘De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand. Is de wetgever te ver doorgeschoten wat betreft de levering van digitale inhoud?’ *Tijdschrift voor Internetrecht* 2013, afl. 2, p. 36-44, E.D.C. Neppelenbroek, ‘Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!’ *NJB* 2013/2014, afl. 33, p. 2260-2261., M. Loos, ‘Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht,’ *NJB* 2013/2255, afl. 38, p. 2684-2685., R.J.J. Westerdijk, ‘Stille Revolutie’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2013, afl. 5/6, p. 129, H.A.J. de Jong en G.C.J. Erents, ‘Kroniek. Online

vraagt de Eerste Kamer het wetsvoorstel voor consumentenrechten aan te nemen. Hij belooft vervolgens een wetsvoorstel te maken om de litigieuze bepaling aan te passen. Daarover zegt de minister het volgende: ‘In het wetsvoorstel zal ik een wetswijziging voorstellen die erop neer komt dat ik in de wet zal uitschrijven dat de *koopregels* van titel 7.1 BW niet van toepassing zijn op overeenkomsten waarbij digitale inhoud niet op een materiële drager maar via *streaming* wordt geleverd.’⁹ Hierop is het wetsvoorstel aangenomen.

In deze bijdrage stel ik wordt de vraag in hoeverre het begrip ‘digitale inhoud’ hanteerbaar is om contracten met betrekking tot dit object tot koop te kunnen kwalificeren. Is de hierboven gesignaleerde fictie een hanteerbare? Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van een fictieve casus over de aanschaf van een PC-spel dat toegang verschaft tot een fictieve juridische wereld, ‘Simlaw’ geheten. Aardig aan dit voorbeeld is dat de aanschaf van een computerspelletje door Hijma als een onproblematisch voorbeeld wordt voorgesteld waarbij het kooprecht ex artikel 7:1 BW (dus: de koop van zaken) van toepassing is.¹⁰ Bij de behandeling van de casus wordt getoond hoe gecompliceerd de overeenkomst met betrekking tot digitale inhoud in werkelijkheid is, tot hoe ver de kwalificatie als koop kan reiken en wanneer deze kwalificatie een onhanteerbare fictie wordt. Aan het slot van deze bijdrage zal worden aangegeven op welke manier de band tussen ‘digitale inhoud’ enerzijds en ‘kooprecht’ anderzijds kan worden vorm gegeven in een regeling zoals die van het CESL.

2 De casus

Een consument schaf in een echte winkel het PC-spel Simlaw aan op een fysieke drager voor een bepaalde prijs. Op de doos staat duidelijk dat Simlaw alleen kan worden gespeeld via de server van een hosting provider en dat de voorwaarden van de hosting provider op de overeenkomst van toepassing zijn. Om Simlaw te kunnen spelen is dus ook nog altijd online toegang vereist tot server van de hosting provider via het account van de consument. Niet alleen als de consument online het computerspel met vrienden of onbekenden wil spelen, maar ook als de consument het spel alleen wil spelen ‘tegen de computer.’

Bij de installatie van de software worden bestanden vanaf de installatiedisc op de harde schijf van de computer van de consument vastgelegd. Bij de installatie moet de consument zich akkoord verklaren met een gebruikslicentie (een EULA, end user license agreement) zoals deze door de auteursrechthebbende op het spel, hier verder de spelaanbieder te noemen, wordt verschaft.

Overeenkomsten en meer,’ *Tijdschrift voor Internetrecht* 2013, p. 142, E.D.C. Neppelenbroek, ‘Digitale inhoud en consumentenkooprecht. Een groot bezwaar en een kleine wijziging’, *NJB* 2014/413, afl. 8, p. 515-518. Zie de kritische vragen vanuit de Eerste Kamer in *Kamerstukken I* 2013/14, 33520, B (voorlopig verslag) en D (Nader voorlopig verslag).

9 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 520, E (Nadere memorie van antwoord).

10 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 203a.

De consument kan drie typen van problemen tegenkomen met betrekking tot zijn informatieproduct. In de eerste plaats kan er iets mis zijn met zijn *drager*. De installatie-disc kan bijvoorbeeld een kras bevatten, die het onmogelijk maakt om tot het gebruiken van het spel te komen. Het tweede probleem kan de kwaliteit van het computerspel en de achterliggende programmatuur bevatten: door ‘bugs’ wordt de speler bijvoorbeeld telkens uit het spel gegooid. Het derde probleem kan worden veroorzaakt door het ontbreken of verstoord zijn van de *toegang* tot de online server. Als men het ruim neemt, zou men dit ‘conformiteitsproblemen’ kunnen noemen (vergelijk: art. 7:17 BW).

De consument bevindt zich in een web van juridische relaties. De consument kauft Simlaw bij de winkel aan, maar hij blijkt (mogelijk) ook gebonden aan de voorwaarden van de spelaanbieder en de hosting provider. Alvorens tot een analyse over te gaan over het geheel van deze betrekkingen en oordeel te geven over de hanteerbaarheid van de koopkwalificatie bij het begrip ‘digitale inhoud’, zal ik eerst de relatie van de consument tot de genoemde partijen langs gaan. Daarbij zal aandacht worden besteed aan de contractvoorwaarden die de auteur als licentiegever respectievelijk de hosting provider als toegangsverlener aan de consument wensen op te leggen.¹¹

3 De consument, de drager en het werk

3.1 Koper van een boek en koper van een spel

In de winkel kauft de consument het spel aan voor een eindprijs. Het spel Simlaw is vastgelegd op dragers in een plastic doosje, en daarin is een korte handleiding bijgevoegd. In een heel eenvoudige wereld zouden we het daarbij kunnen laten.

Bij de koop van een papieren boek ex artikel 7:1 BW bijvoorbeeld is in de prijs niet alleen inbegrepen dat de consument eigenaar wordt van het papier en de inkt, maar tevens de kosten voor de uitgave van het ‘auteursproduct.’ Wat achter de schermen

11 De casus is een combinatie van twee vrij vaak voorkomende typen van online speldistributie bij spellen voor de PC. Het eerste type betreft dat waar bij de *installatie* van het spel contact moet worden gemaakt via internet met de hosting provider van het spel. Hier kan men de singleplayer versie van het spel offline spelen en de multiplayer versie online via de aangewezen hosting provider. Via deze hosting provider worden beschikbaar komende updates geïnstalleerd op de PC van de speler en wordt, al dan niet tegen betaling, nieuwe *downloadable content* (DLC) aangeboden voor de uitbreiding van het spel. Een voorbeeld van een dergelijke hosting provider is Steam van het bedrijf Valve, dat vele computerspellen van verschillende auteursrechthebbende producenten laat spelen via de Steam server. Ter inspiratie zijn de voorwaarden van het via de Steamserver te spelen spel *Total war: Rome II* bestudeerd van auteursrechthebbende producent SEGA. Het tweede type betreft dat waar het spel zowel in de singleplayer versie als in de multiplayer versie online via de server van de hosting provider moet worden *gespeeld*, een server die al dan niet wordt beheerd door de auteursrechthebbende producent van het spel. Een voorbeeld is de hosting provider Origin, een server waar vanaf online vele spellen van auteur/producent Electronic Arts kunnen worden gespeeld. Van dit type is als voorbeeld het spel *Simcity (2013)* bestudeerd. Beide computerspellen zijn in de zomer van 2013 een doosje tegen een eindprijs in een gewone winkel aangeschaft door schrijver dezes. De vindplaats van deze EULA's zijn respectievelijk <www.sega.nl/eula/?r=true> en <eacom.s3.amazonaws.com/SimCity_1_3_2013-ROW_EU_updated.pdf>, beide laatst geraadpleegd op 10 maart 2014.

van de koop is gebeurd tussen de auteur en de uitgever om het boek ‘in het verkeer te brengen’ gaat de koper van het exemplaar niets aan. Het enige wat de koper na de aanschaf hoeft te doen is zich als een eigenaar te gedragen, dat wil zeggen: het auteursrecht van de schrijver te respecteren. Deze koper vindt op of in het boek geen contract waarin hij een licentie krijgt om het boek te mogen lezen, en al helemaal niet een toegangsovereenkomst waarbij hij van weer een andere partij afhankelijk is om toegang tot ‘zijn’ boek te krijgen.

Het is verleidelijk om net als Hijma bij het computerspel te zeggen dat kwalificatie van de overeenkomst voor de aanschaf ervan net als bij de koop van het boek ‘de koop van de zaak’ is. Net zoals de consument een beschadigd boek kan terugbrengen naar een winkel zou de consument dan het computerspel kunnen terugbrengen als er iets schort. De consument zou dan tegen de winkelier kunnen zeggen: mijn *zaak* voldoet niet aan de verwachtingen want (1) mijn installatieschijf is beschadigd; (2) het spel bevat bugs die ervoor zorgen dat het spel voortdurend vastloopt; (3) de toegang tot de hosting provider loopt mis.

3.2 Nadere complicatie: het computerspel als auteursrechtelijk beschermd object

In de omschrijving van de overeenkomst voor de levering van digitale inhoud in het CESL speelt de eventuele bescherming van de digitale inhoud binnen het intellectueel eigendomsrecht geen rol. Kooprecht heeft in de traditionele situatie ook niets met het intellectueel eigendomsrecht te maken. We zagen al dat het kopen van een boek enkel de overdracht van de eigendom van het exemplaar met zich brengt en niet een of ander intellectueel eigendomsrecht of een daarvan afgeleid licentierecht. In de digitale wereld worden echter ook in de richting van de eindgebruiker licenties verschaft waardoor de koper van het informatieproduct het recht krijgt van het gekochte gebruik te mogen maken.¹² In het auteursrecht is voor computerprogrammatuur (software) een auteursrechtelijk regime ingevoerd waaruit kan worden afgeleid dat de positie van de verkrijger in de eerste plaats wordt ingevuld door de auteursrechtelijke licentie die hij verkrijgt.¹³ Bij software heeft men daarom nogal eens moeite de licentieovereenkomst voor de aanschaf van software als een koopovereenkomst te duiden.¹⁴ Nu ook aan de consument in onze casus door de auteursrechthebbende spelaanbieder een dergelijke licentieovereenkomst (EULA) wordt opgelegd, moet aan dit aspect van intellectueel eigendomsrecht ook binnen deze verbintenisrechtelijke context aandacht worden besteed.

Als auteursrechtelijk werk heeft het computerspel een andere aard dan het genoemde boek. Het computerspel is namelijk een samengesteld digitaal informatieproduct. Alleen al uit auteursrechtelijk oogpunt bevat het computerspel mogelijk

12 Zie hierover in meer algemene zin: P.B. Hugenholtz, ‘Het Internet: het auteursrecht voorbij?’ in: *Recht en Internet, (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1998-1)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 236-243; Neppelenbroek 2013, p.17-18; 163-165.

13 Neppelenbroek 2013, stelling 1.

14 Zie hierover Neppelenbroek 2013, p. 55-77.

auteursrechtelijk beschermde tekeningen, muziek, film, tekst en software.¹⁵ Als samengesteld werk komen drie regimes voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking voor de spelproducent. Naast de algemene regeling in de auteurswet, mede gebaseerd op de richtlijn Auteursrecht in de informatiemaatschappij, heeft een computerspel mogelijk trekken van een filmwerk (art. 45a Aw en verder) en van computerprogrammatuur (art. 45h Aw en verder).

Welk auteursrechtelijk beschermingsregime is van toepassing bij dit samengestelde informatieproduct? Er zijn verschillende antwoorden denkbaar. In de eerste plaats kan sprake zijn van cumulatie. In dat geval zou er sprake zijn van een cumulatie van beschermingsregimes voor het uit meerdere werken (film, muziek, software...) bestaande informatieproduct.¹⁶ In de tweede plaats kan er (meer of minder) sprake zijn van absorptie. In dat geval wordt het computerspel als een soort ‘Gesamtkunstwerk’ en dus een enkel werk gezien, waarvoor enkel het beschermingsregime voor auteursrecht in de informatiemaatschappij (afkomstig van richtlijn 2001/29) van toepassing is.

Het Nintendo-arrest van het Hof van Justitie van de EU wijst hier de weg. In zeer algemene zin overweegt het HvJ EU over auteursrechtelijk beschermde objecten als volgt (overweging 22).

Met betrekking tot delen van een werk dient te worden vastgesteld dat uit geen enkele bepaling van richtlijn 2001/29 blijkt dat deze delen onder een andere regeling vallen dan die welke geldt voor het volledige werk. Bijgevolg worden zij auteursrechtelijk beschermd zodra zij als dusdanig de oorspronkelijkheid van het volledige werk in zich dragen (...).

Het uitgangspunt voor computerspellen is absorptie met richtlijn 2001/29, aldus het HvJ EU (overweging 23).

Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door het feit dat richtlijn 2009/24 een *lex specialis* vormt ten opzichte van richtlijn 2001/29 (zie arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*, C-128/11, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 56). Overeenkomstig artikel 1, lid 1, van richtlijn 2009/24 is de bescherming van deze richtlijn immers beperkt tot computerprogramma's. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing vormen videogames als die in het hoofdgeding, evenwel complex materiaal dat niet alleen een computerprogramma bevat, maar ook grafische en geluidselementen die, hoewel zij in computertaal zijn gecodeerd, een eigen scheppende waarde hebben die niet tot deze codering kan worden beperkt. Voor zover de delen van een videogame, in casu de grafische en geluidselementen, bijdragen aan de oorspronkelijkheid van

15 Zie bijvoorbeeld Struik, Van Schelven & Hoorneman 2010, p. 32.

16 In dat geval zou het PC-spel met een ‘zuiver’ computerprogramma op een lijn staan. Daarvoor geldt dat enkel de programmatuur onder de software-richtlijn wordt beschermd en niet de grafische ‘gebruikersinterface’ (de iconen en menu's die de gebruiker op zijn scherm ziet). De gebruikersinterface kan als zodanig wel weer een apart werk vormen in de zin van richtlijn 2001/29. Zie HvJ EU 22 december 2010, C-393/09, *NJ* 2011/289, m. nt. Hugenholtz (*BSA/Ministerstvo kultury*).

het werk, worden zij samen met het volledige werk auteursrechtelijk beschermd op grond van de bij richtlijn 2001/29 ingestelde regeling.

De conclusie moet zijn dat voor het computerspel het auteursrechtelijke regime betreffende computerprogrammatuur niet van toepassing is. Deze uitspraak heeft als gevolg dat de toepassing van het regime voor computerprogrammatuur tot die softwareproducten beperkt blijft, waarbij andere elementen dan de computerprogrammatuur van ondergeschikt belang zijn.¹⁷

De vraag die aan het HvJ EU werd voorgelegd noopte overigens niet tot deze principiële beslissing over de beperkte reikwijdte van de softwarerichtlijn. De casus betrof het omzeilen van technische maatregelen bij informatieproducten.¹⁸ Dat bij een computerspel de desbetreffende regels uit de algemene richtlijn van toepassing zijn had ook kunnen worden beslist zonder de toepasselijkheid van de richtlijn voor computerprogramma's geheel uit te sluiten.¹⁹

De uitspraak lijkt voorts verrassend, nu de literatuur en de praktijk tot nu toe lijkt te zijn uitgegaan van in ieder geval de mogelijke toepasselijkheid van het software-regime. In de Nederlandse literatuur komt men bijvoorbeeld tegen dat het computerspel onder meer of zelfs vanzelfsprekend onder het regime voor computerprogramma's hoort.²⁰ Ook de door mij bestudeerde EULA's spreken over het computerspel als 'de software' en de bepalingen zijn in hoge mate vergelijkbaar met die betreffende 'echte' softwareproducten.²¹ Dat ook in Duitsland tot nu toe over computerspellen in termen van computerprogramma's is nagedacht blijkt uit de uitspraak van het BGH inzake *Half-life 2* uit 2010. Bij de beantwoording van de vraag of in die casus de uitputtingsregel van toepassing was werden de uit de softwarerichtlijn geïmplementeerde regels als vanzelfsprekend toegepast. Dit terwijl het kennelijk ging over een computerspel met veel audiovisuele elementen.²²

17 Op zich is het een interessante vraag wanneer een product een computerprogramma is en wanneer het een spel wordt. Op deze afgrenzingsproblematiek ga ik hier niet verder in. Zie wel nog hieronder noot 32.

18 Zie art. 29a Aw (implementatie van de richtlijn 2001/29) respectievelijk art. 32a Aw (implementatie van de richtlijn 2009/24). Zie over de verhouding tussen die bepalingen uitgebreid: Struik, Van Schelven & Hoorneman 2010, p. 287-304.

19 Vergelijk ook reeds: Rb. 's-Gravenhage 21 juli 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1963 (*Nintendo/Webwinkels*). In rechtsoverweging 5.4 in die zaak laat de rechtbank in het midden of art. 29a Aw exclusief van toepassing is of cumulatief naast art. 32a Aw. Wel laat de rechtbank in 5.6 blijken dat als een keuze gemaakt zou moeten worden, de audiovisuele vormgevingselementen overheersend zijn ten opzichte van de 'dienende' computerprogrammatuur.

20 Struik, Van Schelven & Hoorneman 2010, p. 25, Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 125-126.

21 EULA Simcity: 'This License governs your use of this software product and all related documentation, and updates and upgrades that replace or supplement the software in any respect and which are not distributed with a separate license (collectively, the "Software"). This Software is licensed to you, not sold.' EULA Total War: Rome II: 'THIS SOFTWARE IS LICENSED, NOT SOLD. Sega Corporation of 1-2-12, Haneda, Ohta-ku, Tokyo, 144-8531 Japan and its affiliated companies (collectively, 'SEGA' or 'We') reserves all rights not expressly granted to you. The product that is subject to this license is referred to in this license as the "Game Software".'

22 BGH 11 februari 2010 - I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 (*Half-life 2*).

Samenvattend kan worden gezegd dat sinds het Nintendo-arrest van het Hof van Justitie het computerspel als een enkel auteursrechtelijk beschermd werk wordt gezien waarvoor de Europese regels van de richtlijn computerprogramma's niet van toepassing zijn, maar enkel die regels betreffende auteursrecht in de informatie-maatschappij. Wat bekend is over de verbintenisrechtelijke kwalificatie van de aanschaf van software zal in het onderstaande dus ook niet een op een kunnen worden toegepast.²³

4 De consument, de auteur en het informatieproduct

4.1 De eenzame gamer en zijn auteursrechtelijke positie

De juridische kwalificatie van de overeenkomst voor de aanschaf van een computerspel door een consument staat in verband met de achterliggende auteursrechtelijke bescherming van het spel als werk. Om dit aspect afgezonderd te kunnen behandelen, hanteer ik een vereenvoudiging van de casus zoals deze in de tweede paragraaf is beschreven. In een vervlogen wereld vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw werden computerspellen nog regelmatig alleen maar tegen de computer gespeeld zonder dat van online spelmogelijkheden sprake was. De EULA's van de spelaanbieders die men tegenwoordig nog steeds ziet bij de aanschaf van PC-spellen verschillen niet heel veel van die uit die 'oertijd'. Op deze manier kan ik de problematiek die het online-gebruik van het computerspel voor de kwalificatievraag met zich brengt, reserveren voor de nog volgende paragrafen.

De spelaanbieder heeft als auteur exclusieve bevoegdheden tot exploitatie van zijn product. Een ieder die van deze bevoegdheden gebruik wenst te maken, heeft toestemming nodig van de auteur, tenzij diegene gebruik kan maken van een van de wettelijke excepties op het auteursrecht. Het is de vraag of een consument, die in een winkel het computerspel Simlaw aanschaf, ook een op het auteursrecht gebaseerde licentie nodig heeft om van het spel gebruik te mogen maken.

Het reproductierecht is in de Auteursrechtrichtlijn op dezelfde wijze geformuleerd als in de software- en databankenrichtlijn. Dat betekent dat ook hier het reproductierecht in artikel 2 betrekking heeft op de tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van het werk. Deze hoofdregel heeft derhalve tenminste ook betrekking op het – voor het gebruik van digitale informatieproducten op een computer onontbeerlijke – opslaan en laden van een informatieproduct.

Er is wel een opmerkelijk verschil waar het de formulering van de rechten van de rechtmatige gebruiker betreft (zoals de consument die rechtmatig een computerspel heeft aangeschaft). Artikel 5 lid 1 van de auteursrechtrichtlijn luidt als volgt:

Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé en die worden toegepast met als enig doel

23 Wat ik in een eerdere versie van dit artikel nog wel deed.

- a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon²⁴
- b) een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.

Dit artikel wordt aangemerkt als een (verplichte) beperking op het breed geformuleerde reproductierecht.²⁵ In vergelijking met de beperkingen voor de rechtmatige verkrijger van software en databanken heeft deze beperking een ander karakter. Bij software en auteursrechtelijk beschermde databanken staat buiten kijf dat elke tijdelijke reproductiehandeling ervan onder het reproductierecht van de auteur valt. Artikel 45j (en 24a) Aw dienen naar mijn mening te worden opgevat als een beperking in de wijze waarop de auteur met zijn bevoegdheden die voortvloeien uit het reproductierecht om mag gaan. Uit de licentiebenadering van die gebruikersrechten vloeit voort dat de auteur weliswaar bij licentie mag bepalen dat en hoe intensief de verkrijger van het informatieproduct mag gebruiken, maar dat, als hij het gebruik toestaat, hij de verkrijger het minimale 'beoogde' gebruik niet mag ontzeggen.²⁶

Als aan de vereisten van dit artikel 5 lid 1 van de Auteursrechtlijn wordt voldaan, dan valt de reproductiehandeling daarentegen niet onder het reproductierecht van de auteur. In Nederland is ervoor gekozen de bepaling in artikel 13a Aw te implementeren. Deze implementatie is ongelukkig, omdat het hier een beperking van het verveelvoudigingsrecht betreft en niet een definiëring van het verveelvoudigingsbegrip, zoals de plaatsing in titel 5 van de Auteurswet lijkt te impliceren.²⁷ In de wetsgeschiedenis wordt benadrukt dat ondanks deze plaatsing artikel 13a Aw het karakter van beperking niet verliest. Voorts is in de wetsgeschiedenis duidelijk gemaakt dat de bewijslast voor het geoorloofd zijn van de handelingen, genoemd in dit artikel kan liggen bij de verkrijger.²⁸

De tijdelijke reproductiehandelingen zoals het laden, uitvoeren en in beeld brengen van een computerspel zijn van voorbijgaande aard en vormen een integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé om het gebruik van het werk mogelijk te maken.²⁹ Verder dient het vastleggen van het PC-spel uitsluitend tot het rechtmatige gebruik ervan. Daarmee zijn deze handelingen in beginsel aan rechtmatige gebruiker van het PC-spel toegestaan. Dit geldt uiteraard niet voor het installeren van het PC-spel op de computer. Hierbij is geen verveelvoudiging van voorbijgaande

24 Op dit gedeelte van het artikel, dat de eventuele auteursrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen betreft, ga ik hieronder niet nader in.

25 Overweging 33 bij richtlijn 2001/29. Zie ook: E.J. Arkenhout, 'Richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij: naar een Europees auteursrecht', *Computerrecht* 2001, afl. 3, p. 127.

26 Zie Neppelenbroek 2013, p. 17-18, 29-32.

27 Kritisch hierover: Walter & Von Lewinski 2010, p. 1024.

28 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28482 5, p. 24.

29 Vergelijk: HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq*).

aard. Toestemming om die handeling te mogen verrichten is bij de aanschaf van het spel natuurlijk altijd wel impliciet gegeven.³⁰

Voorts moet nog worden gewezen op het bepaalde aan het eind van het in artikel 13a Aw. De – in beginsel auteursrechtelijk irrelevante – reproductiehandelingen mogen voor de auteur geen *economische waarde* vertegenwoordigen. Anders vallen ze toch weer onder het reproductierecht.³¹ Wordt hier een normatieve regel gegeven in die zin dat de wetgever gebruiksexploitatie auteursrechtelijk irrelevant wenst te houden?

Als het antwoord ontkennend luidt, hetgeen aansluit op de bewoordingen van de bepaling, dan kan de gebruikelijke licentieverschaffing met betrekking tot computerspellen vermogensrechtelijke relevantie hebben. Gebruiksexploitatie aan de hand van de puur technische reproductiehandelingen *heeft* dan economische waarde (los van de vraag of men vindt of een dergelijke exploitatie een economische waarde *behoort te hebben*). Dan geldt de hoofdregel en mag de auteur via die reproductiehandelingen de gebruiksintensiteit bij licentie regelen, zoals dat ook het geval is bij computerprogrammatuur. In de casus over het PC-spel zou daar sprake van kunnen zijn.³² Door het PC-spel per licentie te exploiteren, wordt aangehaakt op wat bij software wel via het reproductierecht op die tijdelijke verveelvoudigingen economisch relevant wordt. Nu doet de spelproducent wat leveranciers van software gewoon zijn te doen. Hij *maakt* de tijdelijke verveelvoudigingen in de computer economisch waardevol. In dat geval is de licentieverlening bij computerspellen niet veel anders dan die bij software.

De normale exploitatie van computerspellen heeft in het verleden aangehaakt bij die van computerprogrammatuur. Hoewel uit het Nintendo-arrest blijkt dat de regeling betreffende programmatuur een beperkte reikwijdte heeft en dat computerspellen daar niet onder vallen, zal de normale exploitatie nog steeds mede via een licentie vanwege de spelaanbieder plaatsvinden. Naar mijn mening biedt de regeling van artikel 13a Aw daarvoor de ruimte. Dat betekent in onze casus dat de consument als eenzame gamer, dus nog afgezien van het element van online toegang, impliciet

30 Was art. 45j Aw betreffende software van toepassing geweest, dan was die bevoegdheid uit hoofde van de kwalificatie als rechtmatige verkrijger in de zin van dat artikel gegeven.

31 In HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq*) wordt vooropgesteld dat alle eisen in dat artikel cumulatief zijn gegeven (overweging 54).

32 Licenties die de gebruiksintensiteit regelen zal men overigens eerder associëren met producten die in de zakelijke sfeer, bijvoorbeeld op een intern bedrijfsnetwerk worden gebruikt. Voor spellen is dat niet zo goed denkbaar. De uitspraak in het arrest Nintendo lokt echter de vraag uit welke producten als een computerspel en welke als een computerprogramma moeten worden behandeld. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 20 november 2003, CR 2004/22 m.nt. Neppelenbroek (*Vliegsimulatiesoftware*), waarin het ging om een computersimulatie voor het opleiden van piloten. In de uitspraak werd het product als vanzelfsprekend als een softwareproduct behandeld, maar gezien het overwegende belang van de grafische elementen in dergelijke producten zou ik in het licht van het arrest Nintendo menen dat het daar betreffende product eerder als 'zakelijk' computerspel dan als een computerprogramma zou moeten worden gekwalificeerd. De licentiepraktijk zoals die bekend is in de sfeer van software is en blijft voor dergelijke producten de 'normale exploitatie'.

of expliciet een licentie-element verweven ziet in zijn positie als verkrijger van de drager van het PC-spel.

4.2 De eenzame gamer en de kwalificatie van de overeenkomst

Voor de koopkwalificatie voor de aanschaf van standaardprogrammatuur zijn criteria ontwikkeld in het Europese arrest inzake *Usedsoft* en in het Nederlandse arrest inzake *Hulskamp/De Beeldbrigade*.³³ Uit die arresten blijkt dat de verwevenheid van de aanschaf van een kopie van een informatieproduct met het verkrijgen van een licentie niet aan de koopkwalificatie in de weg hoeft te staan. De vraag is nu of en in hoeverre deze arresten, die beide handelden over standaardprogrammatuur, van belang kunnen zijn bij de kwalificatie van de aanschaf van computerspellen. De uitspraak inzake *Usedsoft* is minder goed te gebruiken in deze casus. Dit arrest is gewezen naar aanleiding van vragen die specifiek de auteursrechtelijke uitputtingsregel uit de richtlijn voor computerprogramma's betroffen. Nu zowel in dit arrest als in het arrest *Nintendo* het eigenstandig karakter van die richtlijn is benadrukt is het lastig de kwalificatie van de aanschaf van computerspellen langs de maatstaf van *Usedsoft* te leggen.

De (in hoge mate met *Usedsoft* vergelijkbare) maatstaven die zijn ontwikkeld door de Hoge Raad zijn naar mijn mening echter wel toepasbaar in onze casus. De Hoge Raad kent aan de kooptitel een potentieel breed bereik toe aan de kooptitel. De Hoge Raad leidt zijn kernoverweging als volgt in.

In dit verband is in de eerste plaats van belang dat de toepasselijkheid van de kooptitel niet is beperkt tot de koop van zaken volgens de begripsomschrijving van artikel 3:2 BW. Uit artikel 7:47 BW, waarin is bepaald dat koop ook betrekking kan hebben op vermogensrechten, blijkt dat de wetgever de kooptitel van toepassing heeft geacht op alle goederen als bedoeld in artikel 3:1 BW, en dus aan die titel een ruim bereik heeft willen geven wat betreft het voorwerp van de koopovereenkomst.

Pas nadat dit brede toepassingsbereik is gegeven, spitst de Hoge Raad de uitspraak toe op de aan hem voorgelegde vraag of de kooptitel dan ook voor de eenmalige aanschaf van software kan gelden.

Als men de verbintenisrechtelijke maatstaven die de Hoge Raad vervolgens heeft ontwikkeld voor programmatuur op de 'ouderwetse' casus betreffende het spel legt, is ongetwijfeld sprake van koop. Het gaat immers ook hier om een aanschaf van een kopie tegen een prijs waarbij men een niet in tijdsduur beperkte licentie verleend krijgt voor het gebruiken van het PC-spel. Deze 'ouderwetse' casus voegt een auteursrechtelijk element toe aan de meest eenvoudige casus van de koop van de stoffelijke zaak ex 7:1 BW van de vorige paragraaf. Ik ben van mening dat Hijma bij de aanschaf van computerspellen te eenvoudig aan dat auteursrechtelijke element voorbij gaat (om nog maar te zwijgen van het onder 5 en 6 te bespreken online-element). Hier kan men weliswaar nog steeds van de koop van de doos spreken,

33 HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11; HR 27 april 2012, NJ 2012/293.

maar er komt naast artikel 7:1 BW iets bij wat daarmee verknoopt is, de aanschaf van de licentie. Deze auteursrechtelijke component van de transactie kan naar mijn mening door middel van artikel 7:47 BW in het kooprecht worden geloodst.³⁴

4.3 Nadere complicatie: de splitsing tussen de winkel en de spelaanbieder

De spelaanbieder wenst in het algemeen over het hoofd van de verkoper heen zijn licentievoorwaarden van toepassing te laten zijn. Deze voorwaarden kunnen een typerend voorbeeld bieden van een EULA (end user license agreement) en een shrinkwrap licentie. Het speldoosje is in krimpfolie verpakt, en de consument (de 'end user') ziet pas bij het installeren dat hij door de installatie en het gebruik gebonden zou zijn aan de voorwaarden. Kan de eventuele toepasselijkheid van deze EULA iets af kunnen doen aan de toepasselijkheid van het kooprecht?

Vooropgesteld moet worden dat de methode van de shrink-wrap naar Nederlands recht geen doeltreffende manier biedt deze algemene voorwaarden van de gebruiksrechtsovereenkomst van toepassing te verklaren. Voor zover er een verwijzing op de verpakking zou staan die de consument duidelijk maakt dat de algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst, dan moet in de winkel ook nog voldaan worden aan de informatieplicht van artikel 6:233b jo 6:234 BW om vernietigbaarheid van de voorwaarden te voorkomen.³⁵

Wat als geen gebruiksrechtsovereenkomst tussen de consument en de auteur is tot stand gekomen? Het kooprecht is hier ex artikel 7:1 jo. 7:47 BW van toepassing. De conformiteitsproblemen kan de consument oplossen via de verkopende winkel. De koop van de kopie en de koop van de software zijn weliswaar met elkaar verweven, maar dienen begripsmatig nog steeds te worden onderscheiden. Voor eventuele problemen met de drager ('de kras op de schijf') is de eventuele non-conformiteit te constateren via artikel 7:1 jo. 7:17 BW. Voor de problemen met de software ('de bugs in het spel') loopt de route naar artikel 7:17 BW via artikel 7:47 BW. Aangezien de beide routes naar de winkel leiden, is de precieze kwalificatie in dit geval nog niet zo heel belangrijk.

Als de auteur de voorwaarden onaantastbaar van toepassing heeft verklaard, kunnen twee opmerkingen worden gemaakt over de koopkwalificatie.

In de eerste plaats vindt men in uit de Verenigde Staten afkomstige EULA's geheid een bepaling waarin de kwalificatie als koop wordt afgewezen, maar in plaats daarvan wordt gezegd dat hier sprake is van een 'license agreement'.³⁶ Deze bepaling kan in het Nederlandse recht niet veel effect sorteren. Waar de kwalificatie als koop

34 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 203a, die in meer gecompliceerde gevallen dan computerspelletjes via een andere analogische route tot de kwalificatie 'koop' geraakt. Zie nader Neppelenbroek 2013, p. 55-77. Vergelijk het landenrapport, vervaardigd vanwege de UvA in opdracht van de Europese Commissie: *Digital content services for consumers. Comparative analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content services* 2011. Zie voor Nederland in dit verband: p. 210-213. Vindplaats: <www.ivir.nl/publications/helberger/Digital_content_services_for_consumers_1.pdf>, laatst geraadpleegd op: 10 maart 2014.

35 Neppelenbroek 2013, p. 83-87, 89-91.

36 Zie de voorbeelden in noot 21.

gegeven de jurisprudentie is gegeven in deze situatie (eenmalige aanschaf van een kopie voor een in tijd onbepaald gebruiksrecht tegen een prijs), daar staat het de auteur al niet vrij van het kooprecht af te wijken waar dit in strijd is met het dwingende (consumenten)kooprecht.³⁷ Maar belangrijker is nog dat deze bepaling wel begrijpelijk is vanuit het Anglo-Amerikaanse recht, waar de kwalificatie als licentie een wezenlijk verschil uitmaakt met de kwalificatie als koop, maar niet in het Nederlandse recht. De licentieovereenkomst is geen bijzonder contract naar Nederlands recht. De term duidt enkel aan dat er een contract is waarbij in ieder geval een licentie wordt verleend. Die licentieverlening vindt plaats in het kader van een contract waarbij een kwalificatie als bijzondere overeenkomst (huur, koop, opdracht et cetera) kan, maar niet hoeft te horen. In het geval zoals Beeldbrigade/Hulskamp gekwalificeerd als koop bestaat een verwevenheid tussen de verschaffing van de kopie en het verlenen van de licentie. De licentieverschaffing maakt dan dus deel uit van de koop. Dat maakt de poging van de spelproducent om de toepasselijkheid van het kooprecht te vermijden door de kwalificatie licentie te kiezen, vruchteloos. In de tweede plaats vindt hier een scheiding van verantwoordelijkheden plaats als het gaat om de geconstateerde potentiële conformiteitsproblemen. Door de winkel wordt enkel nog de doos wordt verkocht en voor het informatieproduct krijgt de consument de spelaanbieder door middel van een derdenbeding (art. 6:253 BW) als wederpartij bij de koop.³⁸ Er is dan dus sprake van een driepartijenovereenkomst. Als de consument conformiteitsproblemen heeft met betrekking tot het informatieproduct (art. 7:47 BW, 'de bugs in het spel'), moet hij niet meer de winkel als 'voorportaal' aanspreken. Dit heeft als voordeel dat de consument (bij populaire spellen soms miljoenen consumenten) direct bij de spelaanbieder kunnen aankloppen, die vervolgens de problemen dient te verhelpen en daartoe ook de meest geëigende partij is.

4.4 Tussenstand: de auteursrechtelijke relatie en het kooprecht

Wat in de eerste paragraaf een verleidelijke optie leek te zijn, blijkt bij nader inzien een te eenvoudige voorstelling van zaken. De casus valt niet op te lossen door enkel te wijzen naar de koop van het spel als stoffelijke zaak. Het computerspel wordt geëxploiteerd via het auteursrecht, en dat zorgt ervoor dat de juridische positie van de consument mede een auteursrechtelijke is. Dit staat de kwalificatie als koop overigens niet in de weg, dankzij artikel 7:47 BW. In theorie kan de consument in zijn kooprelatie tegenover zowel de winkel (als verkoper van de doos) als de spelaanbieder (als licentiegever met betrekking tot het informatieproduct). In de praktijk is de winkel nog steeds het voorportaal, aangezien de praktijk van de shrink-wrap licenties niet leidt tot het succesvol binnenbrengen van de spelaanbieder als contractspartij.

37 Zie hierover ook: T.H.M. van Wechem en J.H.M. Spanjaard, 'Ad rem. Kan de kooptitel worden weggecontracteerd?' *Contracteren* 2012, afl. 3, p. 92.

38 Ik ga niet uit van de situatie dat de winkel als partij geheel wegvalt als vertegenwoordiger van de spelaanbieder. Zie voor de softwaredistributie via vertegenwoordiging en via derdenbeding nader: Neppelenbroek 2013, p. 96-98.

5 De consument, de hosting provider en de verkrijging

5.1 De rechtmatige verkrijger als sociale gamer

In de vorige paragraaf is bewust afgezien van elke bespreking van de omstandigheid dat de consument tegenwoordig niet meer eenzaam tegen de computer speelt, maar de keuze heeft om 'online' te gaan. In tegenwoordige computerspellen wordt de speler bijna altijd de keuze geboden het spel ofwel in een singleplayer modus, ofwel in een multiplayer modus te spelen. De tot voor kort gebruikelijke gang van zaken is dat deze internettoegang wordt gefaciliteerd door de spelaanbieder zelf. Op een virtueel, in het spel geïntegreerd platform kan de connectie met de andere spelers worden gemaakt. Het platform dient ertoe, naast het mogelijk maken van de multiplayer modus, om de speler zich te laten registreren bij de spelaanbieder en om aan de speler gratis patches en updates aan te bieden. In de winkel wordt dan nog steeds een doos gekocht en de spelaanbieder probeert nog steeds (vergeefs) de EULA van toepassing te krijgen. Noch het online-element, noch het patch-element blokkeren die koopkwalificatie.

Het online-element in het spel is niet meer dan een dienst die in de koopprijs is inbegrepen. Die dienst kan na verloop van tijd eindigen, maar de speler heeft ook dan nog de beschikking over de kopie van het spel dat hij tot in lengte van jaren tegen de computer kan blijven spelen op basis van zijn in tijd onbeperkte, gekochte licentie. De consument mag daarnaast op grond van de koopovereenkomst met betrekking tot het informatieproduct (art. 7:47 jo. 7:17 BW) verwachten dat het online-element niet zonder valide reden wordt afgepakt. Een reden zou kunnen zijn dat de kosten van het onderhouden van de online toegang niet meer opweegt tegen het geringe aantal spelers dat van de toegang gebruik maakt. Een reden zou niet mogen zijn om een bloeiende speelgemeenschap te dwingen tot de aanschaf van een nieuwere versie van het spel.

In de tweede plaats blijkt in deze casus dat software, computerspellen inbegrepen, geen statisch product is waaraan niets meer hoeft te gebeuren als het 'af' is. Er is altijd aanleiding om uitgebrachte producten te verbeteren en met 'patches' op te lapen of met 'updates' aan te passen. Computergebruikers zijn er al lang aan gewend dat na enige tijd na het uitkomen van een computerspel of een softwareproduct patches en updates verschijnen via internet. Zij mogen dat ook op grond van de koopovereenkomst met betrekking tot het informatieproduct verwachten (art. 7:47 jo. 7:17 BW). Men kan dit zien als een typisch voorbeeld van 'after sales services' die niets afdoen aan de kwalificatie als koop. Pas als de spelaanbieder komt met een aparte uitbreiding voor het spel ('Simlaw: Private Law') of een geheel nieuwe opvolger van het spel ('Simlaw 2') is sprake van een onderwerp van een eventuele nieuwe koop.

5.2 Nadere complicatie: de splitsing tussen de spelaanbieder en de toegangverlener

Met het toevoegen van nog een complicerende factor komen we bij de wijze waarop anno 2014 veel PC-spellen aan de man worden gebracht. De consument die

tegenwoordig een doos met een PC-spel aanschaf in een fysieke winkel komt bij namelijk nog een partij tegen, de hosting provider. De spelaanbieder biedt niet meer zelf het platform aan waarbinnen het computerspel met anderen kan worden gespeeld. Een bekend voorbeeld van een dergelijke hosting provider is Steam, waarachter een bedrijf genaamd Valve zich bevindt. Vanaf dat platform kunnen vele spellen van verschillende spelaanbieders worden benaderd. De consument installeert het spel op zijn PC, verklaart zich akkoord met de licentie van de spelaanbieder en met het toegangscontract ('access subscriber agreement') met de hosting provider. Vervolgens legt de consument het spel vast op zijn computer en kan hij het zonder toegang hoeven verkrijgen tot de server van de hosting provider spelen 'tegen de computer.' Om met anderen via de multiplayer te kunnen spelen, moet hij via internet van het platform van de hosting provider gebruik maken. Verder wordt het platform gebruikt om patches aan te bieden en 'downloadable content' (DLC), minder omvangrijke uitbreidingen op het spel ('Simlaw: Licensing Law Extension Pack') waarvoor soms een klein bedrag moet worden betaald. Grotere uitbreidingen kunnen soms ook via een fysieke winkel worden aangeschaft.

Het is de vraag in hoeverre het juridisch uitsplitsen van de verkoop van de doos, de licentiëring van de spelsoftware en de verkrijging van de toegang tot de online spelgemeenschap leidt tot problemen met de kwalificatie als koopovereenkomst. Hier moet echter worden vooropgesteld dat de manier waarop in de winkel naar de voorwaarden van de hosting provider wordt verwezen, niet leidt tot de onaantastbare toepasselijkheid ervan. Anders dan bij de EULA van de spelaanbieder wordt overigens op de verpakking wel gewezen op de toepasselijkheid van de voorwaarden van de hosting provider. Een beroep op vernietiging is voor de consument echter mogelijk, nu een enkele verwijzing naar de vindplaats van die voorwaarden op internet op de verpakking alleen niet volstaat als een redelijke mogelijkheid om van de inhoud daarvan kennis te nemen door de consument (art. 6:233b BW).³⁹

Als de voorwaarden van de hosting provider inderdaad weer niet van toepassing zijn, dan geldt wat in de vorige paragraaf is gezegd over de positie van de winkel als voorportaal. Hier is de winkel de enige wederpartij bij de koopovereenkomst met de consument. Het is dus ook de winkel die als voorportaal kan worden aangesproken voor de conformiteitsproblemen voor alle aspecten van de overeenkomst, dus voor de kras op de doos (art. 7:17 jo. 7:1 BW), de bugs in het spel (art. 7:17 jo. 7:47 BW) en voor de service betreffende de toegang tot de server van de hosting provider (eveneens art. 7:17 jo. 7:47 BW).

We kunnen de transactie ook ontvlechten, als we ervan uitgaan dat voorwaarden van de spelaanbieder en de hosting provider wel bij het sluiten van de overeenkomst onaantastbaar van toepassing zouden zijn verklaard via derdenbedingen. In dat geval is de koop een vierpartijenovereenkomst waarbij de winkel kan worden aangesproken voor de kras in de doos, de spelaanbieder voor de bugs in het spel en het uitblijven van patches die mochten worden verwacht en de hosting provider voor storingen in de toegang tot het speelplatform. De conformiteitsproblemen die aan

39 HR 11 februari 2011, NJ 2011/571 (*First Data/KPN Hotspots*).

het begin van deze analyse op een rij zijn gezet, worden dan dus onder de betrokken partijen verdeeld.

5.3 Tussenstand: toegang naast verkrijging en toepasselijkheid van het kooprecht

De tussenconclusie kan hier kort zijn: de complicatie dat de consument naast het spel toegang krijgt tot een speelplatform, doet op zich niet af aan de mogelijkheid om via artikel 7:47 BW het kooprecht van toepassing te achten bij de overeenkomst waarbij in een winkel tegen een prijs voorgoed een computerspel wordt aangeschaft. Als alle services rond de verkrijging van het spel zijn afgelopen houdt de speler een speelbaar product over. Met andere woorden: de speler bepaalt wanneer hij is uitgespeeld.

6 De consument, de hosting provider en de voortdurende toegang

6.1 Verplichte toegang en het schijfje als tegoedbon

Dat de speler de mogelijkheid heeft om via internet met anderen te spelen, is inmiddels gemeengoed. Wat steeds meer voorkomt en zal gaan voorkomen is dat de speler niet enkel de *mogelijkheid* heeft om via het netwerk met anderen te spelen, maar dat zonder internettoegang het spelen van het spel *onmogelijk* is. Dan haalt de consument het doosje bij de fysieke winkel, maar de schijf bevat niet méér dan een hulpprogramma om toegang te krijgen tot de virtuele spelwereld.⁴⁰ De speler heeft niet meer een kopie van het spel, maar enkel nog een account tot het spel waarop hij elke keer dat hij wenst te spelen (tegen het AI-systeem van het spel of tegen ‘echte’ anderen) moet inloggen.

Naar mijn mening is dit een *game-changer* als het gaat over de vraag of het kooprecht van toepassing kan zijn op deze overeenkomst. Uiterlijk lijkt het nog wel te gaan over een koop, want de consument gaat nog steeds naar een winkel, betaalt nog steeds een bedrag en gaat nog steeds met een spel in een doosje naar huis. In feite heeft de consument echter niets meer dan een soort tegoedbon gekocht voor toegang tot een spelserver die wordt aangeboden door of via een hosting provider. De kern van het verschil met de vorige contracten zit hem er naar mijn mening in dat het niet meer de gebruiker is die het in zijn macht heeft of kan hebben wanneer hij is uitgespeeld. Dit mag mede worden gezien als een beeldspraak voor contracten met betrekking tot andere software- en informatieproducten dan alleen dit PC-spel. De kwalificatie van een overeenkomst als koop is alleen gerechtvaardigd als de contractuele leiband met een rechthebbende wordt verbroken. Of het nu een slaaf is die zich vrijkoopt van zijn meester of een consument die een broodje filet americain koopt en verkrijgt van een broodjeswinkel: de koper staat in een

40 Loos ziet deze situatie onder ogen en ziet niettemin geen reden om af te zien van de koopkwalificatie. Zie Loos 2011, p. 592. Het is mij niet geheel duidelijk of Loos 2014 nog steeds vindt dat deze overeenkomst als een koop moet worden aangemerkt.

vermogensrechtelijk onafhankelijke, of, om het met een filosofisch beladen term aan te duiden, *vrije* positie ten opzichte van de verkoper.⁴¹

De consument die de voortdurende toegang nodig heeft via een hosting provider tot een spel levert zich daarentegen over aan allerlei providers van wie hij afhankelijk is en blijft. Wat als de spelproducent wenst dat iedereen op een nieuwe versie van het spel overgaat? Dan laat de spelprovider de oude versie verwijderen. Wat als de hosting provider failliet gaat? Dan sluit de curator de accounts af. Wat als de consument 'zijn' spel in de Verenigde Staten wenst te spelen? Dan wordt de consument tijdelijk afgesloten als de spelaanbieder daar geen 'rechten' heeft.⁴²

De rol van de fysieke winkel is hier tot een minimum gereduceerd. Zoals winkel A, waar een boekenbon wordt verkocht, niet kan worden aangesproken voor non-conformiteit van het boek zoals dat uiteindelijk met de bon wordt gekocht in winkel B, zo heeft de winkel waar de consument het doosje koopt niets meer te maken met het te spelen informatieproduct. De verbintenisrechtelijke reikwijdte van de kooprelatie van de consument met de winkel gaat niet verder dan het doosje; de winkel moet zorgen voor een schijf zonder kras. Alle andere verantwoordelijkheden liggen vervolgens bij de hosting provider bij wie de 'tegoedbon' wordt verzilverd. In termen van conformiteit: de hosting provider moet zorgen voor een deugdelijke toegang tot een deugdelijk spel. Centraal staat niet meer het verkopen van een informatieproduct, maar het verschaffen van een genotsrecht door middel van het verlenen van toegang tot het informatieproduct.

6.2 Een complicatie minder: het wegvallen van de winkel als voorportaal

De casus is zo opgesteld dat een speldoosje door de consument in een fysieke winkel is gekocht. Het wordt tijd om dit als een complicerende omstandigheid te zien en deze weg te nemen. Het is de vraag hoe lang het nog duurt voordat winkels geen informatieproducten meer in hun schappen hebben. Naar gelang de technologie voortschrijdt en de E-readers, I-pads en smartphones (nog) gebruikersvriendelijker worden, wordt het beter voorstelbaar dat de kopers van muziekdragers, papieren boeken en zeker die van computerspellen in doosjes gaan behoren tot een uitstervend ras. Computerspellen zullen meer en meer online en mobiel worden afgenomen; het verdienmodel zal minder (uitsluitend) op een eenmalig te betalen prijs zijn gebaseerd en meer op tot de consument gerichte reclame, het hergebruik van gegevens van de consument en het tegen betaling aanbieden van virtuele items, te gebruiken binnen het spel (in de casus zou dat kunnen zijn: een SimLawyer). De aanschaf van het spel zelf zal ook op deze manier nog meer gaan afwijken van het koopmodel.⁴³

41 Dit punt zet ik aanzienlijk zwaarder aan dan Biemans is zijn annotatie onder het arrest Beeldbrigade/Hulskamp in *JOR* 2012/313. Biemans legt er juist de nadruk op dat Hoge Raad de kwalificatie van de overeenkomst als een eigenstandig verbintenisrechtelijk probleem ziet.

42 Zie het verhaal van de Amerikaanse wetenschapper die zijn boeken verwijderd zag toen hij reisde van de VS naar Singapore. Bron op internet: <www.informatieprofessional.nl/index.php?option=com_content&view=article&id=9950&Itemid=79>, geraadpleegd op 10 maart 2014.

43 Zoals reeds vermeld in noot 3 wordt ook geen onderscheid gemaakt naar de situatie dat er al dan niet een prijs in geld wordt betaald. In dit kader ga ik niet op dat aspect in.

7 De koopfictie in het CESL

De vraag die in deze bijdrage is gesteld is of de optionele regeling betreffende de toepasselijkheid van het kooprecht voor contracten voor digitale inhoud in het CESL hanteerbaar is. Nu de voorbeeldcasus in al zijn aspecten is doorgenomen, kan daarop een antwoord worden gegeven.

De regeling in het CESL heeft de vorm van een fictie, afkomstig uit de trukendoos van de Europese wetgever. Met een breed gebaar wordt het contractspartijen mogelijk gemaakt om, binnen de grenzen van de reikwijdte van de optionele regeling, het kooprecht te laten gelden voor hun contract. Daarbij maakt het geen verschil of de digitale inhoud al dan niet op een drager wordt verschaft. Er wordt geen onderscheid gemaakt naar al dan niet auteursrechtelijk beschermde digitale inhoud. Het maakt ook geen verschil of er een tijdelijk of blijvend recht wordt verleend. Er wordt, tot slot, ook geen onderscheid gemaakt of de verkrijger een kopie krijgt van de digitale inhoud of enkel toegang tot de digitale informatie. Alle ballen op het kooprecht.

De houdbaarheid van een fictie is niet vanzelfsprekend. De constructie van de fictie bestaat eruit om iets wat niet-A is, te laten gelden als A. Eggens heeft betoogd dat als een regel erop is gericht een bepaalde rechtswaarde te fixeren, geen sprake is van een eigenlijke fictie (dan is de fictie ‘gefingeerd’). In de juridische werkelijkheid, aldus Eggens, ‘bestaan’ immers geen regels (zoals tastbare zaken bestaan), maar ‘gelden’ enkel regels. Artikel 5a CESL zou als gefingeerde fictie niets anders betekenen dan dat de overeenkomst voor digitale inhoud binnen deze regeling een koopovereenkomst is, net zo goed als de koop van een zaak. Eggens onderscheidt hiervan de fictie die wordt geconstrueerd zonder adequate rechtswaardering. In dat geval wordt iets in een rechtsfiguur geduwd dat er niet thuishoort. Een dergelijke fictie kan niet gelden en valt uiteindelijk door de mand.⁴⁴

Ook Scholten acht de houdbaarheid van een fictie niet vanzelfsprekend. Wat in de tijd van Eggens en Scholten (en ver daarvoor) wél als een aanvaardbare fictie werd beschouwd, is wat tegenwoordig is te vinden in artikel 1:2 BW: een ongeboren kind geldt als geboren ‘zo dikwijls zijn belang dit vordert.’ Scholten ziet in deze fictie ‘het hulpmiddel van de spaarzaamheid met regels en begrippen.’⁴⁵ Een onaanvaardbare fictie is bijvoorbeeld die bij welke bij een bepaalde persoon schuld wordt aangenomen terwijl een eventuele aansprakelijkheid in werkelijkheid enkel op risico gebaseerd zou kunnen zijn. Die fictie kan dan hoogstens volgens Scholten enkel dienen als een overbrugging tot een tot stand te brengen stelsel van risico-aansprakelijkheid. Deze fictie verbloemt enkel een leemte in het wettelijke stelsel. De juridische hanteerbaarheid van de fictie van het CESL hangt af van de deugdelijkheid van de constructie. Ligt aan de optionele gelding van het kooprecht een adequate juridische waardering ten grondslag? Als dat zo zou zijn, dat zou het een sterk staaltje van juridische hanteerbaarheid zijn. Of is hier sprake van een kunstgreep? Dan is de fictie een teken van verlegenheid met een bepaalde juridische

44 Eggens bundel 1998, p. 442-444.

45 Asser/Scholten Algemeen deel* 1974, p. 52.

situatie. Naar mijn mening is dit laatste het geval. Met een schot hagel wordt meer dan het doelwit geraakt en wordt schade toegebracht aan het rechtssysteem, of dat nu het Nederlandse, Franse, Engelse, Duitse of het Europese moet heten.

Met de ‘speelse’ voorbeeldcasus is een kenmerk onderscheiden van de koop die de band aanduidt van het kooprecht met het goederenrecht. Met de koop wordt het doel nagestreefd de koper in een vermogensrechtelijk onafhankelijke positie te brengen van de verkoper. Een overeenkomst waarbij dat nadrukkelijk niet het geval is mist daarom een wezenlijk kenmerk van wat koop is. Dan te doen alsof er toch een koop is of dat het kooprecht voor de overeenkomsten van toepassing kan worden verklaard is misplaatst. Daarmee valt de fictie in het CESL volgens mij door de mand. Daarmee wil niet gezegd zijn dat op de overeenkomst met betrekking tot niet op een drager aangeleverde digitale inhoud nooit kooprecht van toepassing kan zijn. Er is enkel gezegd dat het CESL te veel ‘bijvangst’ heeft van overeenkomsten voor welke de kwalificatie ‘koop’ niet is weggelegd. Om die bijvangst aan het licht te kunnen brengen, ga ik de mogelijke onderscheidingen langs die zouden kunnen worden gemaakt om de koop te kunnen identificeren, maar die in het CESL *niet* worden gemaakt.

In het CESL wordt geen onderscheid gemaakt naar digitale inhoud die al dan niet op een materiële drager wordt aangeleverd. Dit is terecht. Uit de voorbeeldcasus blijkt dat het voor de kwalificatie van de overeenkomst met betrekking tot digitale inhoud er niet toe doet of er een drager bij de overeenkomst betrokken is. Die drager kan immers een ‘tegoedbon’ zijn en een heel ander type overeenkomst inluiden. Verder blijkt uit de jurisprudentie dat wanneer de digitale inhoud niet via een drager wordt verschaft, maar via een download, het kooprecht juist wel van toepassing kan zijn, mits het gebruiksrecht voor onbeperkte duur is en tegen een eindprijs wordt verleend.

Bij de term ‘digitale inhoud’ wordt geen onderscheid gemaakt naar auteursrechtelijk beschermde dan wel onbeschermde *content*. Strikt genomen heeft de inrichting van de overeenkomst en daarbij de toepasselijkheid van het kooprecht inderdaad niet te maken heeft met auteursrecht. Bij overeenkomsten die met koop kunnen worden geassocieerd zal het wel vooral gaan om auteursrechtelijk beschermde, en, ook bij computerspellen, licentieerbare inhoud. In de inrichting van de licentieovereenkomst kan een aanwijzing liggen of het kooprecht al dan niet van toepassing kan zijn. Als voor een opzegbare auteursrechtelijke licentie voor het gebruik periodiek moet worden betaald dan is de overeenkomst voor de digitale inhoud geen koop-overeenkomst te noemen. Dat heeft nog niet eens te maken met de vraag of de koper een kopie te zijner beschikking krijgt of niet. Ook een consument die in de winkel op deze manier een drager met een computerspel ter beschikking krijgt, huurt het spel in plaats van het te kopen (zoals de consument ook een fiets kan huren in plaats van kopen). De vermogensrechtelijke afhankelijkheid die de kwalificatie als koop tegenhoudt zit in de opzegbaarheid van de duurovereenkomst. Het in dit geval mogelijk maken van de toepasselijkheid van het kooprecht is naar mijn mening een ontoelaatbare fictie.

Een vergelijkbaar punt is te maken bij het niet gemaakte onderscheid naar tijdelijke en blijvende gebruiksrechten. Uit het arrest inzake Beeldbrigade/Hulskamp blijkt dat de kwalificatie als koop beperkt wordt tot die overeenkomsten waarbij een in tijd onbeperkt gebruiksrecht wordt verleend. In de casus die de analyse in deze bijdrage begeleidde werd zonder meer uitgegaan van een in tijd onbeperkt gebruiksrecht voor de computerspellen. Tijdelijke verschaffing van PC-spellen op een drager ziet men ook niet in een spelwinkel (eerder in een videotheek). Bij deze overeenkomsten voor beperkte tijd kan men eventueel zeggen dat de gebruiksmogelijkheid in een keer is 'afgekocht.' Of dat voldoende is om het kooprecht van toepassing te achten is maar zeer de vraag. Ook huurbedragen kunnen immers in een keer worden afgekocht (vergelijk: het huren van een fiets voor een week waarvoor in een keer €20 moet worden betaald).

Wanneer enkel toegang wordt verleend tot een informatieproduct is naar mijn mening de fictie van de mogelijke toepasselijkheid van het kooprecht zonder meer misplaatst. Deze toepasselijkheid zou moeten worden geschraagd door een door goederenrechtelijke positionering van de toegangsverkrijger die de kwalificatie als koop niet als echte fictie, maar als een gefingeerde fictie zou laten gelden. Daarvoor is een ingreep in het goederenrecht noodzakelijk zoals deze in deze bundel door Verstijlen voor computerprogramma's is onderzocht. Zolang het echter niet de consument is die bepaalt wanneer hij is uitgespeeld, is de kwalificatie van de toegangsovereenkomst als koop niet hanteerbaar.

8 Een hanteerbare inpassing

In deze bijdrage heb naar voren gebracht dat de transactie voor de aanschaf van een computerspelletje, anders dan Hijma betoogt, een stuk ingewikkelder is dan zij op het eerste gezicht lijkt te zijn. De kwalificatie als koop van een zaak is dan ook ongepast, alhoewel de transactie onder omstandigheden zeer goed als een koop valt te zien. Daarbij sta ik voor de mogelijke toepassing van het CESL een strengere lijn voor dan Loos.⁴⁶

Om in het CESL het kooprecht op een hanteerbare wijze in te passen, is niet een heel ingrijpende wijziging noodzakelijk. Het gaat er alleen wel om dat bij de interpretatie van de bepaling helderheid bestaat over welk type overeenkomst het gaat. Volgens de huidige tekst kan het kooprecht van toepassing worden verklaard op:

‘overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, al dan niet op een materiële gegevensdrager, die door de gebruiker kan worden opgeslagen, verwerkt en hergebruikt, en waartoe hij toegang kan hebben (...).’

Indien men het slot van deze aanhaling weglaat (‘, en waartoe hij toegang kan hebben’), dan is al veel gewonnen. ‘Overeenkomst voor levering’ moet dan zo worden uitgelegd dat de koper in een eenmalige transactie een kopie van het informatieproduct

46 Vergelijk Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 203a; Loos 2014 en hierboven bij noot 10.

te zijner beschikking krijgt met daarbij een in tijd onbeperkt gebruiksrecht om van het informatieproduct gebruik te mogen maken. Op deze manier vermijdt men de onhanteerbare fictie.

9 Slot

In deze bijdrage stond de vraag centraal of in het CESL een hanteerbare regeling biedt voor de overeenkomst voor de levering van digitale inhoud. Met het CESL wordt een optionele regeling gegeven. Partijen kunnen ervoor kiezen het in het CESL geregelde kooprecht van toepassing verklaren op hun overeenkomst.

Aan de hand van een fictieve voorbeeldcasus (de aanschaf van het PC-spel 'Simlaw' in een winkel) heb ik laten zien welke lagen in een overeenkomst voor de aanschaf van informatieproducten zitten. Laag voor laag werden deze afgepeld. Daarom wil ik aantonen dat de contractuele verhouding bij de aanschaf aanzienlijk gecompliceerder is dan Hijma het wil doen voorkomen. Naast de winkelier zijn mogelijk ook de auteursrechthebbende producent als licentiegever en de hosting provider als toegangsverlener contractueel betrokken met de consument die het spel wenst te spelen. Dat de aanschaf van het spel precies te vergelijken valt met het kopen van eender welke zaak in een winkel is van de hand gewezen. De vermogensrechtelijke positie van de consument als verkrijger van het auteursrechtelijk beschermde digitale informatieproduct wordt namelijk mede bepaald door een – impliciete of expliciete – auteursrechtelijke licentie. Een volgende complicatie is dat tegenwoordig in het normale geval bij computerspellen toegang wordt verschaft tot een digitale spelgemeenschap. Een belangrijk deel van het spelplezier is dan gelegen in online het tegen andere spelers het spel te spelen.

Zolang als de consument in de winkel met het exemplaar tevens een in tijd onbeperkt gebruiksrecht verkrijgt om een kopie te installeren op zijn computer en het spel al dan niet online te blijven spelen, kan het kooprecht van toepassing zijn. In dat geval staat de consument in een vermogensrechtelijk onafhankelijke positie van zijn wederpartij(en). Noch de licentie, noch de mogelijkheid om het spel ook online te spelen staat die potentiële kwalificatie in de weg.

Als de consument daarentegen voor het kunnen spelen van het spel afhankelijk is van de voortdurende toegangsverlening door een spelaanbieder of een hosting provider, dan ontbreekt het voor de koop essentiële element dat de consument in een vermogensrechtelijk onafhankelijke positie komt ten opzichte van de verkoper. Met behulp van de 'speelse' casus is dit tot uitdrukking gebracht in de frase: niet de aanbieder, maar de speler moet kunnen uitmaken wanneer hij is uitgespeeld.

In de reikwijdte van het CESL wordt geen beperking aangebracht aan het type overeenkomst voor digitale inhoud waarvoor het kooprecht van toepassing kan worden verklaard. Hierdoor vallen de genoemde toegangscontracten, maar ook tijdelijke en opzegbare gebruiksrechten voor informatieproducten onder de overeenkomsten waarvoor het kooprecht van toepassing kan worden verklaard. Zo worden naar mijn mening in het CESL allerlei overeenkomsten voor digitale inhoud het kooprecht ingeduwed die er niet thuishoren. In het CESL wordt op deze manier een fictie

geïntroduceerd die is gebaseerd op een onjuiste en ontoelaatbare rechtswaardering. Een eenvoudige precisering van de reikwijdte zou een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de hanteerbaarheid van het CESL. Voor zover deze gepreciseerde reikwijdte gepresenteerd wordt als een fictie, dan is deze fictie in de woorden van Eggens een ‘gefingeerde fictie’, een fictie die geen fictie is. De consument kan dan op basis van een adequate kwalificatie van zijn overeenkomst spelen in de fictieve wereld van Simlaw.

Digitaal privaatrecht, iets nieuws onder de zon?

F.A.J. van der Ven

‘Vooruitgang bestaat niet, en dat is ook maar goed ook, want zoals het is, is het al erg genoeg.’¹

1. Inleiding

De tijd dat men in alle vroegte naar de Zuidlaardermarkt toog om een paard te kopen lijkt voorbij te zijn. De markt heeft plaats gemaakt voor de zogeheten C2C marktplaats op het internet, met ‘buy-, sell- en fair-side’. Dacht men bij het woord ‘cloud’ aan een wolk of hooguit misschien nog aan McCloud de detective, tegenwoordig komt men niet pas na de dood op een wolk terecht, maar werkt men tijdens het leven al ‘in de cloud’. Op het notariskantoor wordt geen Havanna meer opgestoken en is de vulpen verdrongen door de digitale handtekening.

Met de komst van het digitale verkeer, dat voor velen een enorme vooruitgang betekende, ontstonden er vanzelfsprekend allerlei rechtsvragen die om een antwoord vroegen. Er is in korte tijd een nieuw vak ontstaan: het ICT-recht, dat zich in alle onderdelen van de rechtenopleiding een plaats heeft weten te verwerven. Er is een eruptie van juridische ICT-literatuur over ons heen gekomen, met allerlei, voor de jurist die niet in de ICT is ingevoerd, onbegrijpelijke termen. Zo kwamen we de inhoudsopgave van een aantal willekeurige boeken over ICT-recht onderwerpen en begrippen tegen als ‘on-line Dispute Resolution of e-ADR’, ‘juridische kwalificatie open source-definitie en -licenties’, ‘de Saas-overeenkomst’, ‘Unsolicited commercial email (UCE of Spam)’, ‘interconnectie en interoperabiliteit’, ‘Application Service Providing’, ‘de duurzame drager’ enz, enz. Sommige nieuwe vraagstukken over digitalisering hebben hun eigen nieuwe regelgeving in het Nederlandse recht gekregen. Zo is bijvoorbeeld met de inwerkingtreding van de ‘Wet elektronische handtekeningen’ van 2003 de Europese Richtlijn elektronische handtekeningen van 1999 geïmplementeerd in onder andere Boek 3 en Boek 6 BW.² Maar vele ICT-vraagstukken moet de rechter nog steeds beantwoorden aan de hand van het ‘oude’, bestaande burgerlijke recht of strafrecht, dat gecodificeerd is in respectievelijk het Burgerlijk Wetboek van 1992 en in het Wetboek van Strafrecht van 1886. Zo moest de Hoge Raad onlangs uitsluitsel geven over de vraag of virtuele goederen, belminuten en sms-berichten konden worden gestolen en onder het woord ‘goed’ in artikel 310 Sr konden worden begrepen.³ En moest het Hof Arnhem oordelen over de vraag wat het rechtsgevolg was toen iemand via marktplaats.nl een auto had

1 Reve 1986, p. 78.

2 Voulon 2010, p. 42.

3 HR 31 januari 2012, NJ 2012/536.

gekocht en was afgegaan op een advertentie waarin door een onjuist functionerend datasysteem van marktplaats.nl een fout was geslopen.⁴

Dergelijke vragen lijken met de intree van het digitale tijdperk voor de eerste maal te zijn gesteld en de leek zal zich onmiddellijk afvragen of de wetgever niet als de wiedeweerga nieuwe wetboeken moet gaan maken omdat het Wetboek Strafrecht en zelfs het jonge Burgerlijke Wetboek hopeloos verouderd zijn en zijn ingehaald door de digitale ontwikkelingen. Niets is minder waar. Ondanks de komst en het gebruik van geavanceerde ICT-apparatuur en de juridische problemen die daaruit voortvloeien, zijn de rechtsvragen veelal dezelfde gebleven. Het zijn vragen die niet nieuw zijn, maar die de juridische gemoederen soms al eeuwenlang bezighouden. Dat bijvoorbeeld vragen of een webwinkel onder de in artikel 3: 86 lid 3 sub a BW gebezigde term ‘gebouwd onroerend goed’ valt en of een ‘virtueel goed’ kan worden begrepen onder het woord ‘goed’ ex artikel 310 Sr. nu de wetgever in respectievelijk 1992 en 1886 onmogelijk webwinkels of virtuele goederen op het oog kon hebben gehad, vragen zijn die al zo oud zijn als de weg naar Rome, blijkt uit de Instituten van de Romeinse jurist Gaius uit de tweede eeuw na C. Gaius stelt daarin een vraag die in de kern op hetzelfde neerkomt, te weten of kamelen en olifanten die oorspronkelijk net als beren en leeuwen wilde dieren en dus *res nec Mancipi* waren, maar later getemd werden, tot de *res Mancipi* waren gaan behoren hoewel kamelen en olifanten nog onbekend waren toen het onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi* werd gemaakt.⁵ Gaius beantwoordde de vraag ontkennend, omdat ‘niet ter zake deed dat deze dieren ook door halster en zadels plachten te worden getemd, omdat deze dieren nog geen eens een naam hadden ten tijde dat bepaald werd dat sommige zaken *res Mancipi* en andere *res nec Mancipi* zouden zijn’.⁶

Hieronder zullen we aan de hand van een beroemd voorbeeld uit de meer recente rechtsgeschiedenis van het burgerlijke recht, niet alleen laten zien dat de rechtsvragen waarvoor de rechter zich in het huidige digitale tijdperk geplaagd ziet, van alle tijden zijn, maar ook dat deze vragen veelal op grond van het bestaande recht beantwoord kunnen worden, zonder dat daar meteen nieuwe wetgeving voor nodig is. Tevens is er aandacht voor voorbeelden uit de Common Law.

4 Hof Arnhem 8 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL6588.

5 Het klassieke Romeinse recht maakte een onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi*. Het verschil tussen beide zaken was de leveringswijze. Zo moesten volgens de Wet van de Twaalf Tafelen van 450 v. C. de *res Mancipi* worden geleverd door *mancipatio*, een leveringswijze die gepaard ging met een aantal formaliteiten, zoals de verplichte aanwezigheid van getuigen, en de *res nec Mancipi* door *traditio*, gewone bezitsverschaffing. *Res Mancipi* waren grond in Italië, landelijke erfdienstbaarheden, slaven en dieren die getemd plachten te worden. Het ging om goederen die van belang waren voor de landbouw en dus van waarde waren. Lokin 2012, G 8; Spruit 2003, p. 148 v.

6 Gaius Instituten, II, 16: *At ferae bestiae nec Mancipi sunt, velut ursi leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, velut elephantum et camelum. et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent: nam ne nomen quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam res Mancipi esse, quasdam nec Mancipi*. Vertaling van Oltmans 1967.

2. De komst van de telegrafie. Inpassing in het overeenkomstenrecht.

Weiller versus Oppenheim

Het proces tussen Weiller en Oppenheim, dat in elk handboek van Duits en Nederlands overeenkomstenrecht uit de doeken wordt gedaan, speelde zich af in Duitsland in 1856. Niet lang daarvoor had zich in Europa een revolutionaire ontwikkeling voltrokken, die kan worden vergeleken met de komst van het huidige e-mail verkeer, te weten de uitvinding van de elektro-magnetische telegrafie. Dit medium luidde het einde van de postkoets en de postduif in. In een mum van tijd ontstond er een netwerk wier draden rond de aarde gesponnen werd. Het pas aangelegde spoorwegenet speelde hierbij een grote rol. In plaats van een brief kon nu een telegram worden verstuurd. Het grote verschil tussen de brief en het telegram was dat het telegram niet meer een gesloten oorkonde was die als een lichamelijke zaak door de adressant werd gepost en aan de geadresseerde werd overhandigd, maar dat het telegram slechts bestond uit een woordelijke inhoud die door de adressant bij een telegraafstation werd opgegeven en via elektrische weg, ‘nicht wie die Briefe und andere Postsachen mittelst stationenweisen Pferdewechsels’, aan een telegraafstation in de buurt van de geadresseerde werd doorgezonden. De adressant die de woorden opgaf aan het telegraafstation, deed dat meestal door middel van een briefje. Het origineel kreeg hij vervolgens terug.⁷

Met de komst van de telegrafie stelden de Duitse juristen de vraag hoe dit nieuwe telegraafverkeer in de wetenschap van het recht moest worden ingepast, zoals dat in 1852 ook ten behoeve van de spoorwegen geprobeerd was met het ‘Eisenbahnrecht’. Omdat het een staatsaangelegenheid was, waren er inmiddels conferenties gehouden, reglementen opgesteld en verdragen tussen landen gesloten die samen een nieuw soort recht vormden, het ‘Telegraphenrecht’. Er was in deze regelingen en verdragen onder meer bepaald dat er voor de correspondentie via de telegraaf voor alle Europese staten een gelijk tarief en gelijke ‘Betriebsbestimmungen’ zouden worden vastgesteld: Europees recht ‘avant la lettre’. De reglementen kenmerkten zich voornamelijk door organisatorische maatregelen.⁸ Bijvoorbeeld hoe de telegrammen eruit moesten zien, wat en waar de ambtenaar iets moest doen, welke openingstijden de telegraafstations moesten aanhouden en, zoals gezegd, de vaststelling der tarieven. Ook over de privacybescherming was nagedacht. Zo werd telegraafbeambten in het reglement een levenslange geheimhoudingsplicht opgelegd en ‘fremde Personen’ was het verboden tijdens het telegraferen de kamers te betreden waarin de telegraaf-apparatuur stond. Telegrammen wier inhoud in strijd was met de wet, de openbare orde en de goede zeden moesten worden geweigerd. Een opmerkelijke en belangrijke bepaling werd in 1855 in een reglement opgenomen. Deze bepaling hield in dat de van overheidswege ingestelde ‘Telegraphenverwaltung’ geen garantie gaf dat de inhoud van het telegram juist overkwam, noch

7 Reyscher 1859a, p. 283; Haferkamp 2008, p. 254-265.

8 Scherner 1992, p. 44-45.

dat het telegram op tijd aankwam. Iedere aansprakelijkheid – zelfs voor *dolus* en *culpa lata* – werd bij voorbaat uitgesloten, hetgeen op gespannen voet stond met de in Duitsland geldende regel dat aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld niet kon worden uitgesloten.

Welke regels waren nog meer op de telegrafie van toepassing? Behalve de speciaal voor het telegraafverkeer gemaakte bepalingen kwamen, volgens de Duitse Germanist Reyscher, de ‘Natur der Sache’ en het ‘allgemeine Recht’ in aanmerking om rechtsvragen over het telegraafverkeer op te lossen. Hij zegt het volgende in zijn opstel getiteld ‘Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphirung’:

‘Außer den die Telegraphenanstalt insbesondere betreffenden positiven Bestimmungen kommt in Betracht die Natur der Sache und das allgemeine Recht. Bei einem Institut, das noch so jungen datums ist, kann es nicht fehlen, daß die Gesetze unzureichend sind, es muß also aus dem Zweck und der Beschaffenheit desselben und mit Hilfe der Analogie seine Stellung im Rechtssysteme bestimmt und nöthigenfalls die Regel für die Entscheidung des einzelner Falls abgeleitet werden.’⁹

Behalve aan de hand van het ‘Telegraphenrecht’ moesten de vragen dus worden opgelost op grond van de ‘aard van de zaak’ en het algemene recht. Met de ‘Natur der Sache’ wordt het natuurrecht bedoeld en met het algemene recht, het in Duitsland geldende positieve recht. Dit positieve recht verschilde voor de komst van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in 1900 per staat. Zo gold bijvoorbeeld in Pruisen het ‘Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten’ (1794), het wetboek van Frederik de Grote. Dit wetboek was niet exclusief, wat wil zeggen dat subsidiair nog steeds het Romeinse recht van toepassing was. In de zaak Weiller versus Oppenheim was de Code civil van toepassing. Oppenheim woonde in Keulen en links van de Rijn gold met exclusieve kracht van wet de Franse Code civil sinds de tijd dat Napoleon deze gebieden had ingelijfd. Na 1813 was de Code civil daar van kracht gebleven. Wanneer genoemde wetgeving ontoereikend bleek, moest volgens Reyscher uit het doel van de wet en met behulp van de analogie een regel voor de oplossing in het concrete geval worden afgeleid. Hij doelt op een teleologische interpretatie van de wet en een analoge redeneertrant. Terzijde zij opgemerkt dat het opmerkelijk is dat Reyscher zegt dat er analogisch moet worden geredeneerd als de wetgeving ontoereikend is. Dit is opmerkelijk omdat een oplossing die op grond van analogie tot stand komt ook een oplossing is die op grond van een wetsbepaling tot stand komt. Men kan dus niet zeggen dat wetgeving in dat geval ontoereikend is; de wet wordt (ruim) uitgelegd.

Een andere Duitse germanist, Mittermaier, klaagde erover dat de ‘jonge’ rechtsgebieden die door het nieuwe verkeer waren ontstaan, zoals het telegrafien- en spoorwegenrecht, en die niet door het Romeinse recht werden bestreken, door de Duitse rechtswetenschap en de wetgever ‘stiefmütterlich’ werden behandeld.¹⁰ Zo zocht

9 Reyscher 1859a, p. 279.

10 Scherner 1992, p. 50.

men in de handboeken over het civiele recht tevergeefs naar uiteenzettingen of bepalingen over het telegrafenrecht.

De rechtsvraag die naar aanleiding van de zaak Weiller versus Oppenheimer¹¹ werd gesteld, was wie aansprakelijk kon worden gehouden als de inhoud van het telegram onjuist bij de geadresseerde was aangekomen. De oplossing werd aan de hand van het civiele recht gevonden. De casus luidde als volgt. Het Frankfurter 'Handlungshause Izaak Weiller Söhne', dat in aandelen handelde, had via een telegram van Oppenheim, een bank in Keulen, de opdracht gekregen een aantal 'österreichische Credit-actien und Berbacher Eisenbahn-Actien' te verkopen. Weiller verkocht de aandelen meteen, deelde dit direct mee aan Oppenheim en vroeg Oppenheim de aandelen te leveren. Al snel bleek dat Oppenheim niet de opdracht had gegeven te 'verkopen', maar te 'kopen'. De ambtenaar van het koninklijke Pruisische telegraafstation in Frankfurt had een fout gemaakt en de woorden verwisseld. Oppenheim weigerde vervolgens de verkoop te bevestigen en de aandelen te leveren aan de koper. Daarop daagde Weiller Oppenheim voor het 'Landgericht' Keulen en vorderde 67.000 'Gulden'¹² schadevergoeding. Weiller had om aan de verplichting ten opzichte van de koper van de aandelen te voldoen, zelf aandelen moeten inkopen. De koers van de aandelen was inmiddels gestegen. En het verschil tussen aan- en verkoop was maar liefst 67.000 'Gulden' in het nadeel van Weiller.

Voor het tot stand komen van een overeenkomst – het zou in deze gaan om mandaat – is consensus vereist. Weiller baseerde zijn vordering primair op de overeenkomst. De opdracht in het telegram was op te vatten als de verklaring van Oppenheim, waaraan hij gehouden kon worden. Subsidiair baseerde Weiller zijn vordering op de onrechtmatige daad. Oppenheim had de telegraaf als middel gekozen en was aansprakelijk voor de fouten die het telegraafkantoor had gemaakt. Oppenheim verweerde zich met het argument dat hij niet aan zijn verklaring gehouden kon worden omdat hij niet de wil had gehad om de aandelen te verkopen. Er was geen consensus en dus geen overeenkomst tot stand gekomen. Verder was hij van mening dat het opgeven van een telegram niet onrechtmatig was. Het telegraafkantoor was geen ondergeschikte van Oppenheim. Hij was niet aansprakelijk voor de fout die de ambtenaar van het kantoor had gemaakt.

De rechter wees de vordering toe. Wat nu was de grondslag voor het toekennen van schadevergoeding? De rechtbank ging uit van de wilsleer. Nu de consensus ontbrak, was er geen overeenkomst tussen Weiller en Oppenheimer tot stand gekomen. De rechtbank overwoog ten overvloede dat als men ervan uit ging dat de overeenkomst wel tot stand was gekomen, deze dan tenminste vernietigd kon worden vanwege dwaling in het wezen van de zaak aan de kant van de afzender Oppenheim. Nu de rechter concludeerde dat de overeenkomst niet tot stand was gekomen, moest hij op zoek naar een andere grondslag voor de toewijzing van de schadevergoeding. Hij vond deze grondslag in artikel 1382 Code civil, het Franse artikel voor de onrechtmatige daad, dat bepaalt dat een ieder instaat voor zijn handelingen en de

11 Scherner 1992, p. 51; Reyscher 1859b, p. 456-478.

12 In die tijd een Duitse munteenheid.

daardoor bij een ander veroorzaakte schade.¹³ Degene door wiens schuld de schade is ontstaan moet de schade vergoeden. 'Das Klagefundament ist in ein Verschulden des verklagten Hauses zu prüfen'.¹⁴ De *culpa* was daarin gelegen dat de afzender Oppenheim zich van een onbetrouwbaar middel had bediend. De elektromagnetische telegrafie was volgens de rechter nog een onnauwkeurige en onbetrouwbare methode om berichten te verzenden omdat de kracht en de werking van de methode nog niet voldoende bekend waren. Daarbij was het telegraafpersoneel nog niet genoeg vertrouwd met de ongewoon snelle en haastige wijze van berichtgeving, die gemakkelijk aanleiding gaf tot vergissingen en misverstand. Het voorgaande was ook de reden geweest dat de overheid, zoals hierboven is gezegd, geen garantie gaf dat de boodschap juist overkwam. De rechtbank concludeerde dat degene die zich voor de correspondentie bediende van zo'n onbetrouwbaar middel, moest instaan voor de gevolgen van het ontstane misverstand en van de vergissingen en aan de wederpartij de daardoor ontstane schadevergoeding moest vergoeden. Dit noemt men wel *culpa in eligendo*.¹⁵ Oppenheim probeerde op zijn beurt het telegraafstation aan te spreken omdat het uiteindelijk de telegrafist was die de fout had gemaakt. Deze actie tegen het telegraafstation werd ongegrond verklaard omdat volgens het reglement van 1855 aansprakelijkheid van het station was uitgesloten voor schade die ontstond als het telegram te laat, dan wel onjuist overkwam.

We zien dat deze zaak, hoewel het hier gaat om een spiksplinternieuwe techniek waar (nog) met geen woord in het civiele recht over werd gerept, toch aan de hand van het bestaande civiele recht werd opgelost. Sterker nog, de zaak heeft tot allerlei theorieën in het overeenkomstenrecht aanleiding gegeven. De vraag welke de grondslag is van de schadevergoeding komt immers onder andere 'gewoon' neer op de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen. Is dat het geval, dan zou de overeenkomst de grondslag van het toekennen van schadevergoeding kunnen zijn. De uitspraak van de Keulse rechtbank bracht de Duitse juridische gemoederen in beweging. De rechtbank had artikel 1382 Cc als grondslag gekozen. Was het gemene (lees: het Romeinse recht) van toepassing geweest, dan was de overeenkomst niet tot stand gekomen, want niet alleen gold de wilstheorie, maar ook het adagium '*Quidquid nuntius dicit vel facit, praeter vel contra commissionem, illud ipso jure nullum*'.¹⁶ Wanneer een bericht door middel van een bode niet juist was overgebracht, dan was de overeenkomst niet tot stand gekomen en kon er geen schadevergoeding van de afzender worden gevorderd. Dezelfde conclusie zou men moeten trekken als de boodschap via een telegram onjuist was overgebracht. Degene die iemand die zich als bode uitgaf vertrouwde of met een echte bode een overeenkomst aanging waartoe de bode niet gemachtigd was, had de schade die daarvan het gevolg was aan zijn naïviteit te danken en kon niet tegen de afzender

13 Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.

14 Reyscher 1859b, p. 466.

15 Smit 1906, p. 43.

16 Roncali 1865, p. 56 e.v. Uit Scherner 1992, p. 54.

optreden. Toch waren de meeste Duitse juristen met de rechter wél van mening dat de afzender voor de schade moest opdraaien.¹⁷ Maar het probleem was hoe deze aansprakelijkheid kon worden gemotiveerd, nu er geen overeenkomst tot stand was gekomen. Reyscher vond de Keulse uitspraak merkwaardig omdat de *culpa* er volgens de rechtbank in bestond dat Oppenheim voor een modern correspondentiemiddel had gekozen en daardoor dus onrechtmatig had gehandeld.¹⁸ Hij was het er weliswaar mee eens dat Oppenheim schadevergoeding moest betalen, maar koos voor een andere grondslag. Door de aard van de opdracht – een beursopdracht die snel diezelfde dag voor het sluiten van de beurs moest worden uitgevoerd zodat een antwoord van de uitvoerder diezelfde dag niet meer te verwachten was – had opdrachtgever Oppenheimer het risico van het ontstaan van een misverstand in het telegraafverkeer stilzwijgend op zich genomen.

Fuchs zei simpelweg dat als beide partijen geen schuld hadden, men één van beide partijen toch het risico moest laten dragen en dat was volgens hem de afzender. De afzender had met het kiezen van zo'n snel middel als het telegram het risico noodzakelijkerwijs op de koop toe genomen. Niet omdat hij dat verschuldigd was, maar omdat hij uit eigen belang had gehandeld.¹⁹

De actie tegen de telegraafdirectie had volgens de auteurs onmiddellijk toegewezen moeten worden. Het was niet toegestaan aansprakelijkheid voor *dolus* en *culpa lata* uit te sluiten.²⁰

Jhering was het eens met de Keulse rechtbank, maar het stoorde hem dat de afzender niet op grond van *culpa* uit hoofde van het contract aansprakelijk kon zijn.²¹ De uitspraak sterkte hem in de overtuiging dat in dit soort gevallen de Romeinse oplossing geen goede was. Deze oplossing was nietigheid van het contract, geen contractuele *culpa* en dus geen schadevergoeding. Degene die schuld had (het telegraafkantoor) ging vrijuit en degene die onschuldig was, werd het slachtoffer van de 'vreemde *culpa*'. Een troosteloos resultaat. Men mocht het Romeinse recht een verwijt maken, dat het een 'gevoelige' leemte vertoonde. Er moest volgens Jhering in dit soort gevallen een vordering tot schadevergoeding zijn tegen de afzender. Niet een vordering gebaseerd op de *lex Aquilia*, dat wil zeggen op grond van onrechtmatige daad, want een algemene onrechtmatigedaadsactie kende het Romeinse recht niet. Er was slechts een beperkt aantal speciaal op het geval toegesneden acties zoals bijvoorbeeld de actie uit zaaksbeschadiging of die uit belediging.²² Voor het onderhavige geval was er geen toegesneden actie voorhanden. De oplossing vond Jhering in de zogeheten '*culpa in contrahendo*', de schuld bij het afsluiten van het contract. Bij het afsluiten van het contract is iedere contractspartij op dezelfde

17 I.t.t. bijv. Mittermaier die van mening was dat, omdat er geen overeenkomst tot stand was gekomen, geen schadevergoeding hoefde te worden betaald. Zie Scherner 1992, p. 54.

18 Reyscher 1859b, p. 472

19 Scherner 1992, p. 54.

20 Scherner 1992, p. 54.

21 Jhering 1881, p. 327-425.

22 Lokin 2012, V 66.

wijze gehouden *culpa* te vermijden, zoals hij gehouden is *culpa* te vermijden na het sluiten van het contract.²³

Toegepast op onze casus betekende de *culpa in contrahendo* dat iedere contractspartij in beginsel zelf zijn wil moet uiten en dat diegene die voor dat doel een ander gebruikt, dat doet op eigen risico. Hetzelfde concludeerde Fuchs, zoals we hierboven hebben gezegd, maar in tegenstelling tot Fuchs zegt Jhering dat de afzender schuld heeft: ‘(...) ich wüßte nicht, warum man nicht sagen dürfte: er hat sie verschuldet.’²⁴ Het gebruik van de telegrafie op zich levert volgens Jhering geen ‘schuld’ op, maar als men naar de eigenschappen van het middel kijkt, dan moet men erkennen dat de betrouwbaarheid veel minder is dan de eigen mondelinge of schriftelijke mededeling en dat, als men er gebruik van maakt, men een risico neemt. De afzender heeft de keuze tussen een veilige en een onveilige methode en kiest hij in zijn eigen belang voor de onveilige methode, ‘ist dies keine culpa?’.

De vraag op grond waarvan de vordering tot schadevergoeding kon worden ingediend is hiermee nog niet beantwoord. Deze grondslag kon immers niet het contract zijn, want dat contract was niet tot stand gekomen. De leer van Jhering wordt wel uitgelegd met behulp van de fictie van het stilzwijgende voorcontract, waarbij een aanbod tot contracteren wordt gedaan. Wordt in deze precontractuele fase een fout gemaakt, bijvoorbeeld doordat de afzender voor een onveilige communicatiemethode kiest, en komt diens gevolg geen geldige overeenkomst tot stand, dan moet hij de schade vergoeden die de andere partij als gevolg van die fout lijdt.²⁵

Over de kritiek die Jhering ten deel viel, zal ik hier niet uitweiden. Ik noem slechts de pandektist Windscheid, die de wetgevingscommissie van het BGB voorzat. Zijn invloed was zo groot dat het BGB van 1900 ook wel een ‘kleine Windscheid’ werd genoemd. Zijn voornaamste kritiek aan het adres van Jhering was dat Jhering vond dat de afzender schuld trof omdat hij niet direct, maar indirect de mededeling had gedaan. De keuze voor het telegram leverde volgens Windscheid geen schuld op:

‘Denn wer zum Zweck einer Erklärung ein bestimmtes Mittel wählt, eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an. Man merke wohl: er eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an; nicht die Erklärung seines Willens’.²⁶

Windscheid zegt dus dat als iemand een telegram als middel kiest om een boodschap over te brengen, deze telegrafische boodschap als zijn verklaring moet worden beschouwd en niet als de verklaring van zijn wil. Als de boodschap in het telegram niet overeenstemde met zijn wil, dan was het contract nietig. Wel rustte er op de afzender een schadevergoedingsplicht. Hij moest volgens Windscheid het negatieve contractbelang vergoeden. Dat wil zeggen dat hij datgene moest vergoeden waarop zijn wederpartij had gerekend in het geval het contract wel tot stand

23 Zie hierover ook Windscheid 1900, p. 247 v.

24 Scherner, 1992, p. 55; Jhering 1881, p. 424.

25 Geens 2003-2004, p. 433-460.

26 Windscheid, 1900 p. 248, noot 6.

was gekomen.²⁷ De grondslag van de verplichting deze schade te vergoeden was de algemene regel dat een ieder moest instaan voor de negatieve gevolgen van het door zijn verklaring bij de wederpartij opgewekte vertrouwen op het verkrijgen van een vorderingrecht. De voorwaarde was wel dat de wederpartij de reden waarom het vorderingrecht niet tot stand was gekomen, niet kende, noch behoefde te kennen. Windscheid wijst naar de Digesten waarin deze schadevergoedingsplicht is erkend in het geval iemand iets heeft beloofd wat onmogelijk is. Er komt geen contract tot stand, maar er moet wel schadevergoeding worden betaald. Zo zegt Modestinus in D. 18,1,62,1 dat iemand die onwetend een gewijde plaats als private plaats heeft gekregen toch met een actie uit koop kan ageren, hoewel de koop geen stand houdt. Met deze actie kan hij een bedrag vorderen voor het belang dat hij erbij had niet bedrogen te worden.²⁸ Jhering had ook al naar deze tekst verwezen.²⁹ Uiteindelijk is de mening dat het risico bij de afzender hoort te liggen in Duitsland geaccepteerd. Volgens § 120 jo § 122 BGB is de afzender die zich van een bode of middel bedient aansprakelijk als de boodschap niet juist wordt overgebracht, echter zonder dat hem echter schuld treft.³⁰

3. Weiller-Oppenheim naar BW (oud) en BW.

In het BW van 1838 was het antwoord op de rechtsvraag in de zaak Weiller versus Oppenheim niet met zoveel woorden gegeven. De rechter in Keulen baseerde de aansprakelijkheid op onrechtmatige daad, op artikel 1382 Cc, dat nogal ruim is gesteld: ‘elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden. ‘Onrechtmatig’ in artikel 1401 BW (oud) betekende aanvankelijk onwetmatig; sinds 1919 leverde ook onzorgvuldig handelen een onrechtmatige daad op.³¹ Het gebruik

27 Windscheid 1900, p. 247/248; Savigny 1843, §138 d.

28 D. 18,1,62,1 Modestinus (*libro quinto regularum*): *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*. Vertaling uit: *Corpus Juris Civilis*, Tekst en Vertaling, 1996. Het betrof de verkoop van een *res extra commercium*, een zaak buiten de handel. Dergelijke zaken waren aan het rechtsverkeer onttrokken omdat zij ofwel van godsdienstige aard waren zoals kerken, tempels en graven, ofwel bestemd waren voor publiek gebruik zoals havens, wegen, rivieren, de zee, de lucht, het strand. Lokin, 2012, 5, G 7. Een ander voorbeeld waarin de overeenkomst niet tot stand kwam, maar waarin wel schadevergoeding moest worden betaald, was de verkoop van een niet bestaande erfenis.

29 Jhering 1881, p. 333; Windscheid 1900, p. 230, noot 5.

30 Scherner 1992, p. 55. § 120 BGB: Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Einrichtung unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung. § 122 BGB: Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat. Schmoeckel, Rückert & Zimmermann 2003, §§ 120 (M.J. Schermaier)

31 Zie ook hieronder noot 66.

van een telegraaf kon in die zin moeilijk als onrechtmatig worden beschouwd. Was er dan een overeenkomst tot stand gekomen op grond waarvan schadevergoeding kon worden gevorderd? Er zijn tal van verhandelingen geschreven over de wils-, verklarings- en vertrouwenstheorie. De meeste schrijvers besteden hierbij aandacht aan Weiller versus Oppenheimer.³² De vertrouwensleer werd de algemeen aanvaarde leer.³³ Toegespitst op de casus van Weiller versus Oppenheim betekende dat het volgende. In beginsel gold hetzelfde als in het geval waarin er sprake was van een vergissing. Indien de wederpartij mocht aannemen, er dus op mocht vertrouwen dat het telegram de bedoeling van de afzender weergaf, dan kwam er toch een overeenkomst tot stand hoewel de wil en de verklaring niet overeenstemden. Toch lag de zaak hier, aldus Asser-Rutten, anders dan in geval van een vergissing ‘omdat men een vergissing kan wijten aan schuld en de gebondenheid daardoor verklaard kan worden; men gebruikt dan wel de aan Von Jhering ontleende term *culpa in contrahendo*.’³⁴ Brengt de telegrafist de boodschap onjuist over, dan bestaat er schuld bij de telegrafist en niet bij degene die het telegram opgaf. Hier te lande kon echter, evenals in Duitsland, het telegraafkantoor niet aansprakelijk worden gesteld omdat het een overheidsdienst was. De aansprakelijkheid voor het onjuist overbrengen van telegrammen was bij wet uitgesloten.³⁵ Dientengevolge werd er een ander beginsel toegepast, te weten dat van de gevaarzetting, of het risico-beginsel.³⁶ Het risico van het gebruik van de telegrafie lag bij de afzender, tenzij bijvoorbeeld zijn wederpartij om telegrafisch antwoord had verzocht. De fout kon dan niet aan de afzender worden toegerekend; er was in dat geval geen sprake van toerekenbaar schijn.³⁷ Zoals we zullen zien is de onder het oud BW aanvaarde leer in het nieuw BW gehandhaafd en is het uitgangspunt dat het risico voor het gekozen middel om de boodschap over te brengen op de afzender rust met zoveel woorden gecodificeerd in artikel 3:37 lid 4 BW.

4. Onjuist functionerend datasysteem van marktplaats.nl

Het telegram is niet meer van deze tijd en heeft plaats gemaakt voor communicatie via internet, maar de rechtsvraag is dezelfde gebleven. Wat is het gevolg van het feit dat bij het aangaan van een overeenkomst een boodschap door een door de afzender gekozen persoon of middel foutief wordt overgebracht? Voor wiens rekening komt de onjuiste mededeling? In de inleiding is al gewezen op een arrest van het Hof Arnhem van 2009.³⁸ Dit Hof moest oordelen wat het rechtsgevolg was toen iemand was afgegaan op een advertentie waarin door een onjuist functionerend datasysteem van marktplaats.nl een fout was geslopen. De eenvoudige casus luidde als

32 Asser 1866, p. 74 v.; Diephuis 1885, p. 177, 450; Opzoomer 1891, p. 102; Land 1907, p. 185 noot 4; Smit 1906, p. 44; Asser-Rutten 1961, p. 86.

33 Asser-Rutten 1961, p. 80.

34 Asser-Rutten 1961, p. 87.

35 Smit 1906, p. 42.

36 Zie bv. Kantongerecht Haarlem, 11 mei 1923, *NJ* 1923, p. 650.

37 Asser-Rutten 1961, p. 87.

38 Hof Arnhem 8 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL 6588.

volgt. Een garagehouder had via de website www.marktplaats.nl een Volkswagen Beetle aangeboden. In de advertentie stond het volgende vermeld: 'Autobedrijf is aangesloten bij: BOVAG (...) Occasions van leden mogen aangeboden worden met BOVAG garantie.' Iemand had de auto gekocht, maar dezelfde dag nog had hij de koopovereenkomst ontbonden. De aanbetering die hij had gedaan vorderde hij terug. De reden voor de ontbinding was dat hij erachter was gekomen dat de garage niet bij BOVAG was aangesloten, zodat de auto niet met BOVAG-garantie geleverd kon worden. De verkoper betwiste echter dat de BOVAG-garantie deel uitmaakte van de overeenkomst. Hij stelde dat de vermelding per abuis in zijn advertentie op www.marktpaats.nl was terechtgekomen als gevolg van een onjuist functionerend datasysteem van marktplaats.nl. Zijn boodschap was onjuist overgebracht. De koper had er volgens hem niet op mogen vertrouwen dat een BOVAG-garantie deel uitmaakte van de overeenkomst, omdat nergens op zijn (verkopers) website, briefpapier, contracten of nota's vermeld werd dat zijn autobedrijf bij BOVAG was aangesloten. Het Hof oordeelde dat er wel degelijk een overeenkomst tot stand was gekomen, inhoudende de koop van de auto met BOVAG-garantie. Wat partijen zijn overeengekomen hangt af van wat partijen daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en in de gegeven omstandigheden over en weer uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.³⁹ Het Hof was van oordeel dat de koper in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht afgaan op de in de advertentie gedane verklaring dat de garagehouder was aangesloten bij de BOVAG en dat hij hieruit mocht afleiden dat de auto was voorzien van een BOVAG-garantie, zodat op grond van artikel 3:35 jo 3:33 BW tussen partijen een overeenkomst tot stand gekomen was, inhoudende de koop van een auto met BOVAG-garantie. Het verweer van de garagehouder dat hij geen schuld had aan de onjuiste mededeling in de advertentie kon hem volgens het Hof niet baten, nu deze onjuiste mededeling op grond van het bepaalde in artikel 3:37 lid 4 BW voor zijn rekening kwam.

De wetgever heeft in het geval wil en verklaring niet overeenstemmen gekozen voor de zogeheten wilsvertrouwensleer, die het midden houdt tussen de wils- en de verklaringsleer. Het vertrouwen is niet gericht op de toegezegde prestatie, maar op de wil van de handelende persoon om zich te binden. In artikel 3:37 lid 4 BW is, zoals gezegd, de knoop doorgemaakt voor wiens rekening een onjuist overgebrachte boodschap komt. Wanneer een door de afzender daartoe aangewezen persoon of middel een tot de ontvanger gerichte verklaring onjuist heeft overgebracht, geldt het ter kennis van de ontvanger gekomen als verklaring van de afzender. Dit artikel stemt overeen met § 121 BGB. De verklaring blijft echter een door de afzender niet gewilde verklaring. Hij zal alleen aan de verklaring gebonden zijn wanneer de ontvanger geen ernstige reden moet hebben gehad om te twijfelen of die verklaring aldus is gewild. Volgens het artikel neemt degene die zich van het middel bedient, het risico dat zijn boodschap onjuist wordt overgebracht. In casu had de verzender, de garagehouder, zich bediend van het communicatiesysteem van marktplaats.nl en dus rustte op hem het risico.⁴⁰ De verklaring op marktplaats.nl gold als zijn verklaring,

39 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

40 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, p. 117 v.; Hijma & Van Dam 2010, p. 34.

waarvan de koper mocht vertrouwen dat de verkoper deze verklaring ook had gewild. Ons huidige recht heeft voor gevallen als Weiller versus Oppenheim artikel 3:37 lid 4 BW jo 3:35 als oplossing. De verklaring van Oppenheim gold als zijn verklaring en Weiller had erop mogen vertrouwen dat Oppenheim deze verklaring ook had gewild. De gebondenheid wordt hier verklaard met het risicobeginsel en niet met schuld, zoals dat bij de vergissing wel het geval is. Een vergissing is te wijten aan de eigen gedraging van de afzender en niet aan de telegrafist of het apparaat dat de boodschap overbrengt.⁴¹ Ik vraag mij echter af wat het verschil eigenlijk is. Stel dat er iets mis gaat met de overdacht van de boodschap doordat de afzender een apparaat heeft gekozen om de boodschap over te brengen. Is niet ook de keuze om niet zelf, maar via een apparaat de boodschap over te brengen, waarvan het uit de aard van de zaak onzeker is of dat goed gaat, een verwijtbare gedraging? Men neemt immers bewust het risico dat het verkeerd kan gaan. Had Jhering het niet toch bij het juiste eind?

5. Uitleg van de term ‘in writing’ in de Common Law. Schriftelijkheid-vereiste: artikel 6:227a BW.

De komst van de telegraaf stelde ook de Common Law rechter voor vragen. Volgens Section 17 van de ‘Statute of Frauds’ van 1677 is een koopovereenkomst slechts geldig als zij wordt ondersteund door ofwel een gehele of gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst door één der betrokken partijen of door een onderhandse akte die is ondertekend door beide partijen, een zogeheten ‘memorandum in writing’.⁴² Het geschrift dient tevens als bewijs van het bestaan van de overeenkomst. Het papier moet, zoals gezegd, door de koper en de verkoper worden ondertekend. Verkeren partijen niet in elkaars aanwezigheid, dan moet het door de ene partij ondertekende stuk met het aanbod binnen een redelijke termijn ondertekend door de ander ter acceptatie worden teruggestuurd. Was het toen de wet in 1677 werd ingevoerd een met de ganzenveer in inkt gedoopt geschreven stuk, dat met de postkoets werd vervoerd, in 1857 drong zich in de zaak *Trevor v. Wood* de vraag op of een telegram als ‘written memorandum’ volstond.⁴³ Trevor en Wood, handelaren in geld en goud, hadden van tevoren afgesproken te handelen via de telegrafie. Wood bood Trevor per telegram aan Mexicaanse dollars voor Trevor te verkopen. Trevor stuurde Wood een telegram waarin hij Wood’s aanbod accepteerde. Het versturen van dit telegram had echter vier dagen vertraging opgelopen vanwege een storing op de lijn. Intussen was de koers van de Mexicaanse dollars gewijzigd. Wood weigerde de afspraak gestand te doen. Hij erkende per telegram een aanbod te hebben gedaan, maar ontkende dat het telegram een ‘written memorandum’ was. De rechter besloot

41 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, p. 117.

42 ‘no contract for the sale of goods (...) for the price of £ 10 or upwards shall be allowed to be good except (...) that some note or memorandum in writing of the said bargain be made and signed by the parties to be charged by such contract, (...)’ Zwalve, 2006 p. 343 v. S. 17 van de wet is in Engeland in 1954 ingetrokken, maar geldt nog steeds in de VS.

43 93 Am. Dec. 511(N.Y. 1967) *Horning* 1996, noot 67.

het tegendeel. In 1946 was het rehtens algemeen geaccepteerd dat een telegram voldeed aan de eisen die in de Statute of Frauds werden gesteld.⁴⁴ In een andere zaak had de rechter de handeling van de telegrafist die de boodschap overbracht beschouwd als het schrijven met een ‘thousand-mile long pen’:

‘(...) and it makes no difference wether that operator writes the offer or the acceptance in presence of his principal and by his express direction, with a steel pen an inch long attached to an ordinary penholder, or wether his pen be a copper wire a thousand miles long. In either case the thought is communicated to the paper by the use of the finger resting upon the pen; nor does it make any difference that in one case common record ink is used, while in the other case a more subtle fluid, known as electricity, perform the same office.’⁴⁵

Een ander probleem dat met de komst van het telegram ontstond was de handtekening die onder de verklaring zou moeten staan, maar niet door middel van het telegram kon worden overgebracht. In het algemeen werd het voldoende geacht dat de naam onder het ‘written memorandum’ werd getypt; soms werd ook een symbool of teken toegevoegd.⁴⁶

Van het telegram ging het vervolgens via de telex naar de fax. Dezelfde vragen als hierboven werden gesteld en min of meer op gelijke wijze beantwoord. Een opmerkelijke vraag drong zich op in 1988, te weten in *Calabrese v. Springer Personnel of New York, Inc.*⁴⁷ Volgens de Civil Practice Law and Rule van de New York Code moest de fax zijn ontvangen ‘during business hours’. De vraag nu was of de fax ook was ontvangen ‘tijdens kantooruren’ als er geen personeel aanwezig was en de fax op een onopvallende plaats stond. De rechter beantwoordde de vraag bevestigend: ‘Any other interpretation (...) would justify the blunt observation about the law which Charles Dickens put in the mouth of Mr. Bumble in *Oliver Twist*.’

Mr Bumble was beschuldigd van diefstal van juwelen van Olivers moeder. Mr Bumble gaf in de rechtszaal zijn vrouw de schuld, Mrs Corney, bij wie hij behoorlijk onder de plak zat. Brownlow, de solicitor, adviseerde Mr Bumble en zei dat dat geen excuus was ‘because you were present on the occasion...and, indeed, you are the more guilty of the two, in the eye of the law; for the law supposes that your wife acts under your direction’.

Bumble merkte toen het volgende op: ‘If the law supposes that’, said Mr Bumble, (...) ‘the law is an ass – a idiot. If that’s the eye of the law, the law is a bachelor, and the worst I wish the law is that his eye may be opened by experience -by experience.’⁴⁸

Tegenwoordig wordt in rechtspraak en wetgeving een elektronisch contract wel opgevat als ‘memorandum in writing’. Er is hevig gediscussieerd of elektronische

44 Horning 1996, p. 279.

45 Horning 1996, p. 281.

46 Horning 1996, p. 281.

47 Horning 1996, p. 281.

48 Londen 1985, c. 51.

data vielen onder de in de ‘Statute of Frauds’ en andere wetten gebezigde woorden ‘in writing’.⁴⁹ Tot voor kort was er geen probleem, want partijen schreven het contract op de computer en zodra het document was geprint, werd het uiteraard als ‘written memorandum’ geaccepteerd. De computer en de printer namen de plaats in van pen en inkt. Maar geldt hetzelfde voor elektronische documenten die alleen op het computerscherm zichtbaar zijn? Er werd een vergelijking gemaakt tussen een e-mail en een faxbericht. Het verschil tussen de computer en de fax is dat een faxbericht in tegenstelling tot een e-mailbericht geprint moet worden om gelezen te kunnen worden.⁵⁰ Een elektronisch document hoeft daarentegen nooit in een fysieke vorm te worden omgezet. De Amerikaanse rechters zijn met de komst van de computer in het rechtsverkeer bereid geweest de term ‘in writing’ ruim uit te leggen.⁵¹ Het tegenargument was dat een elektronisch document geen geschreven stuk is, maar een serie elektronische data in een chip die niet is een zichtbare reproductie van woorden.⁵² De ‘Law Commission for England and Wales’ hield het er echter op dat een elektronisch stuk weliswaar geen geschreven stuk was, maar dat de weergave op het scherm toch aan de definitie van ‘writing’ in de zin van de ‘Interpretation Act’ voldeed.⁵³ In de ‘Interpretation Act’, de wet die aanwijzingen geeft hoe bepaalde woorden in Engelse ‘statutes’ moeten worden gedefinieerd, wordt ‘writing’ als volgt omschreven:

“Writing” includes typing, printing, lithography, photography and other modes of representing or reproducing words in a visible form, and expressions referring to writing are construed accordingly.⁵⁴

De opvatting van de ‘Law Commission’ komt overeen met die van de rechter in de Verenigde Staten, namelijk dat een document gemakkelijk kan worden geprint en als geschreven stuk bewaard kan worden.⁵⁵

Wat de handtekening betreft zei Lord Tomlinson in 2012 in een zaak voor de Engelse Court of Appeal dat een elektronische handtekening onder een e-mail voldoende was en dat zelfs de voornaam, initialen of misschien een bijnaam voldoende waren. Het is dus oppassen geblazen met informeel e-mailverkeer. Voordat men er erg in heeft doet de wederpartij er een beroep op dat de informeel bedoelde afspraken bindend zijn.⁵⁶

In Nederland heeft de wetgever de wet aangepast daar waar de wet voor de totstandkoming van een overeenkomst een geschrift eist. De vraag was of de elektronische

49 Christensen, Duncan & Low 2003, p. 4 v.

50 Christensen, Duncan & Low 2003, p. 5.

51 Christensen, Duncan & Low 2003, p. 5.

52 Christensen, Duncan & Low 2003, p. 5.

53 Christensen, Duncan & Low 2003, p. 5; Law Commission 2001, p. 8v.

54 Interpretation Act, 1978.

55 Christensen & Low 2003, p. 417.

56 Golden Ocean Group Ltd v. Salgaocar Mining Industries PVT Ltd. [2011] EWHC 56 (Comm.)
Zie hierover: Sweigart/Farmer 2011.

vorm voor de totstandkoming van een rechtshandeling aanvaardbaar is in het geval de schriftelijke vorm is voorgeschreven.⁵⁷ In plaats van de wet ruim uit te leggen zoals de Common Law rechter doet, is in ons BW een nieuw artikel toegevoegd. Volgens artikel 6:227a BW is aan de schriftelijke vorm tevens voldaan als de overeenkomst langs elektronische weg tot stand is gekomen. Onlangs stelde Kelterman in het WPNR de vraag of een elektronische volmacht een schriftelijke volmacht is.⁵⁸ Voor een geldige volmacht eist artikel 3:71 BW een geschrift. Hij stelt voor een nieuw artikel 3:71a BW toe te voegen dat ‘technologieneutraal’ is opgesteld. Wellicht zou het in de gevallen waarin men zo nodig de wet wil aanpassen en de wet niet ruim wil uitleggen praktisch zijn om net als in Engeland een interpretatie-wet op te stellen en voor bepaalde woorden, zoals het woord ‘geschrift’ aanwijzingen te geven hoe ze moeten worden gedefinieerd. Dan hoeft niet elk artikel afzonderlijk te worden aangepast.

6. *Lex semper loquitur*, spreekt de wet altijd?

Of de rechtswetenschap in staat is zonder nieuwe wetgeving technische ontwikkelingen in te passen in het rechtssysteem kan niet onafhankelijk worden beantwoord van de vraag of er een grens aan extensieve interpretatie moet worden gesteld. Salomons heeft in zijn artikel uit 2000 *‘Inpassen of aanpassen? Vermogensrecht voor het digitale tijdperk’* een aantal wetsartikelen genoemd die ‘hetzij getuigen van een oorsprong in het pre-digitale tijdperk – hetgeen wel op snelle veroudering wijst, maar niet per se op ongeschiktheid voor verder functioneren –, hetzij in meer of mindere mate knellend of onpraktisch zijn voor handelen via internet’.⁵⁹ Zo voldoet het hierboven ter sprake gekomen artikel 3:37 lid 4 BW volgens hem niet bij e-commerce. Een onjuist overgekomen bestelling zou niet reeds voor rekening van de e-klant moeten komen op de enkele grond dat hij ervoor koos via internet te bestellen. Salomons acht het evenmin redelijk de e-handelaar steeds het risico van onjuist overgekomen bestellingen te laten dragen. De keuze voor internet wordt door beide partijen gemaakt en de norm van artikel 3:35 BW zou hier volgens hem onverkort moeten gelden: de e-handelaar mag de e-klant aan een onjuist overgekomen bestelling houden, tenzij hij redelijkerwijze moest begrijpen dat deze niet correspondeerde met de wil van de e-klant. Dat de e-handelaar de bestelling van de e-klant digitaal moet bevestigen biedt hier uitkomst. De e-klant moet de gelegenheid hebben iedere transactie die hij niet heeft gewild ongedaan te maken.⁶⁰ De oplossing vindt Salomons in de wet, net zoals het Hof Arnhem in de hierboven besproken zaak over de koop van een auto op Marktplaats.nl. Aanpassing van de wet lijkt hier niet nodig; inpassing volstaat. De ‘foutieve’ bestelling van de e-klant zal trouwens veelal niet aan het digitale correspondentiemiddel liggen dat e-klant heeft gekozen, maar aan een vergissing van de e-klant zelf.

57 Snijders 2010, p. 809-814 en p. 840-849.

58 Kelterman 2013, p. 176 e.v.

59 Salomons 2000, p. 906-907.

60 Salomons 2000, p. 906.

De algemene conclusie van Salomons is echter toch dat inpassing niet meer zal volstaan en dat het vermogensrecht zich zal moeten aanpassen. Een voorbeeld dat hij noemt is de webwinkel. Deze winkel zou niet vallen onder artikel 3:86 lid 3 sub a BW. Een beroep op bescherming is volgens de letterlijke wettekst alleen mogelijk als het goed gekocht is in een ‘gebouwde onroerende zaak’. Een tegengestelde mening zou volgens Salomons met de letterlijke tekst niet te rijmen zijn. Fikkers en Vonck daarentegen stellen terecht dat het goed verdedigbaar is ‘dat een rechter die constateert dat de genoemde aankoop op bol.com maatschappelijk volstrekt gelijk wordt gesteld met een aankoop in een winkel, terwijl dat bij de totstandkoming van het toepasselijke wettelijke voorschrift niet was voorzien, de ruimte neemt om beide (maatschappelijk gelijke) gevallen ook juridisch gelijk te behandelen.’⁶¹ ‘Voorkomen moet worden dat het enkele feit dat de wetgever een bepaald feitencomplex bij de totstandkoming van de wet niet heeft voorzien, tot gevolg heeft dat twee situaties die maatschappelijk inmiddels volledig met elkaar gelijk worden gesteld juridisch nog steeds ongelijk worden behandeld.’⁶² Zo niet, dan wordt, aldus Vonck, de rechtseenheid op onaanvaardbare wijze in gevaar gebracht.⁶³ Zo zou volgens hem ook de executoriale verkoop van registergoederen via internet binnen de van toepassing zijnde wetsbepalingen mogelijk moeten zijn. Ook hier ‘kan een bij de invoering van de wet onvoorzienne maatschappelijke ontwikkeling overtuigende argumenten aandragen om het beroep van een rechtszoekende op de letterlijke bewoordingen van de wet – wanneer deze zich tegen deze ‘nieuwe’ opzet zouden verzetten – niet te honoreren.’⁶⁴

Bovenstaande kwesties komen neer op de vraag of er aan de wijze van uitlegging door de rechter beperkingen kunnen worden gesteld. In zijn opstel ‘*Lex semper loquitur. Over wetgeven en rechtspreken*’ concludeert Lokin dat de rechter verplicht is de wet uit te leggen en dat hij in zijn uitlegging aan geen beperking is gebonden, ‘ook al onthoudt de tekst van de wet hem een zogenaamde open norm (...)’⁶⁵ ‘Accepteert men eenmaal dat de rechter aan het op zichzelf duidelijke woord *onrechtmatig* een geheel andere betekenis mag hechten dan het in het verleden had⁶⁶, dat hij te allen tijde bevoegd is een ‘heersende’ leer te verlaten en een nieuwe ‘heersende’ leer te vestigen, dan kunnen heel wat tegenstellingen als schijntegenstelling worden ontmaskerd. Dan kan de wet statisch blijven, terwijl het recht toch dagelijks

61 Vonck 2011, p. 303. Fikkers 2000, p. 432-436.

62 Vonck 2011, p. 303.

63 Vonck 2011, p. 303.

64 Vonck 2011, 303.

65 Lokin 1994, p. 36.

66 HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*). ‘Onrechtmatig’ betekende voortaan niet alleen maar ‘onwettmatig’. Onder onrechtmatige daad is te verstaan ‘een handelen of nalaten, dat óf inbreuk maakt op eens anders recht, óf in strijd is met des daders rechtsplicht óf indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld ten gevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht.’

verandert. Dan kan bij gelijkblijvende wettekst een steeds wisselend stellig recht gelden. Dan bestaat er geen tegenstelling tussen legisme en vrije rechtsvinding'.⁶⁷ Zelfs de strafrechter, die uit hoofde van de rechtszekerheid altijd terughoudend is waar het extensieve interpretatie aangaat, is tot nu toe vooruitstrevend geweest in het volgen van de nieuwe technologie. Een bekend voorbeeld is het elektriciteitsarrest uit 1921.⁶⁸ Terwijl de hoogste rechter van onze oosterburen in 1896 overwoog dat elektriciteit niet als 'goed' kon worden beschouwd omdat het geen stoffelijk voorwerp was dat kon worden weggenomen en de wetgever er aan te pas moest komen om 'Stromklau' strafbaar te stellen, overwoog de Hoge Raad dat elektriciteit een 'goed' was dat ex artikel 310 Sr gestolen kon worden.⁶⁹ Tot dan toe was 'goed' in artikel 310 Sr altijd opgevat als stoffelijk voorwerp dat kon worden vastgepakt. Recentelijk heeft de Hoge Raad virtuele goederen onder het begrip 'goed' geschaard.⁷⁰ Waarom zou de burgerlijke rechter in het digitale tijdperk moeten achterblijven en in voorkomende gevallen waar het wetsartikel knellend is niet extensief interpreteren? Aanpassing van de wet zal in de meeste gevallen onpraktisch zijn vanwege de tijd die het vergt. En iedere aanpassing zal weer een momentopname zijn die na verloop van tijd opnieuw om aanpassing vraagt. Interpretatie is geboden. Door de uitleggingsverplichting en de onbegrenste interpretatiebevoegdheid van de rechter wordt de zinspreuk bewaarheid: *lex semper loquitur*.⁷¹

7. Conclusie

De komst van de computer luidde een nieuw tijdperk in en heeft vele veranderingen in het juridische 'verkeer' teweeg gebracht. De digitalisering heeft zich als een olievlek over alle rechtsgebieden verspreid. Dientengevolge lijken allerlei nieuwe rechtsvragen de kop op te steken. We hebben ons hierboven beperkt tot enkele voorbeelden uit het burgerlijke recht en zijdelings uit het strafrecht. Er is een nieuwe tak van sport in de rechtsgeleerdheid bijgekomen: het ICT-recht.

Maar is het allemaal wel zo nieuw wat er als gevolg van de digitalisering in het recht gebeurt. Nee, de techniek is nieuw, maar de rechtsvragen die naar aanleiding van de digitalisering worden gesteld zijn van alle tijden. We hebben gezien dat in de loop der eeuwen allerlei nieuwe technische middelen zijn uitgevonden die hun invloed op het recht deden gelden. Via het opgeven van een telegram bijvoorbeeld konden op een gegeven ogenblik voor die tijd razendsnel overeenkomsten worden gesloten. Een revolutie. Er ontstond een nieuw soort recht, het telegrafienrecht. Dit telegrafienrecht bevatte echter nauwelijks bepalingen over het materiele recht, maar was louter formeel en organisatorisch van aard. De vragen van materieel recht – de vragen derhalve waar het de jurist om te doen is – kwamen neer op de aloude vragen zoals de vraag of de overeenkomst wel tot stand was gekomen als er bij de overbrenging

67 Lokin 1994, p. 36.

68 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, p. 564.

69 Reichsgericht, Strafsachen, 29, 111 (20 oktober 1896); 32, 165. (1 mei 1899). *Vec*, 2008, 284-304.

70 HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012: BQ9251. Zie hierover: Neppelenbroek 2011, 263-273.

71 Lokin 1994, p. 37

van het telegram iets was misgegaan. Was er wel sprake van consensus? Wat was de grondslag van de schadevergoeding. Deze vragen werd niet opgelost aan de hand van het nieuwe telegrafienrecht, maar aan de hand van het bestaande burgerlijke recht. En zo is het vandaag de dag nog steeds met de rechtsvragen die naar aanleiding van de digitalisering worden gesteld. Voor het tot stand komen van een overeenkomst bijvoorbeeld is nog steeds consensus vereist. Of deze overeenkomst nu op de Zuidlaardermarkt door handje-klap tot stand komt of via de computer. En de regel bijvoorbeeld dat een akte pas gelding heeft als deze is gedagtekend en van een handtekening is voorzien, is met de komst van de digitale handtekening niet opeens anders geworden. Mijn digitale handtekening is nog steeds mijn handtekening, niets meer en niets minder. De digitale handtekening heeft dezelfde rechtsgevolgen. Het enige dat anders is, is de vorm waarin mijn handtekening tot uiting wordt gebracht. Voor die nieuwe vorm, waaraan een digitale handtekening moet voldoen, is een nieuwe regel nodig, maar welke vorm men voor die handtekening kiest, is een keuze die materieelrechtelijk niets nieuws brengt.

Dat de rechter met het burgerlijk wetboek uit 1992 of met het wetboek van strafrecht uit 1886 prima uit de voeten kan om materiele rechtsvragen op te lossen die te maken hebben met digitalisering komt veelal neer op het eeuwenoude thema, te weten dat van de interpretatie. Zo kwam de Common Law rechter door middel van ruime uitlegging tot de conclusie dat het digitale document als ‘in writing’ moest worden beschouwd. Het telegram, de telex en de fax waren lang daarvoor dezelfde weg gegaan en als ‘written memorandum’ aangemerkt. ‘l’Histoire se repète’. De rechter houdt met zijn uitleg het recht bij de tijd. Aanpassing van de wet zoals de Nederlandse wetgever heeft gedaan met de invoering van artikel 6:227a BW, waarin hij bepaalt dat waar voor de totstandkoming van een overeenkomst een geschrift is vereist, de elektronische weg genomen kan worden, is eigenlijk overbodig en kost onnodig veel tijd. Nieuwe wetgeving is niet per definitie het antwoord op nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen. Toen Jeremy Bentham de Common Law in de achttiende eeuw wilde hervormen door middel van codificatie luidde het antwoord van William Blackstone in zijn commentaar op de ontwikkeling van het Engelse recht als volgt:

‘Our system of remedial laws resembles an old Gothic castle, erected in the days of chivalry, but fitted up for a modern inhabitant. The moted ramparts, the embattled towers, and the trophied halls, are magnificent and venerable, but useless, and therefore neglected. The interior apartments, now accommodated to daily use, are chearful and commodious, though their approaches may be winding and difficult.’⁷²

Hetzelfde standpunt nam Paul Scholten in over het BW van 1838. Scholten vond in Meijers zijn tegenstander in de door Meijers aangezwengelde discussie over de vraag of er niet een nieuw burgerlijk wetboek moest komen. Scholten sprak ter

72 Blackstone 1783, p. 268.

gelegenheid van het honderdjarige bestaan van het Burgerlijk Wetboek van 1838 de veel geciteerde woorden ‘het BW is een rustig bezit’.⁷³

Hoe de techniek ook mag voortschrijden, zodat we misschien ooit een vakantiehuis op de maan kunnen kopen, de materiele rechtsvragen zullen dezelfde blijven. Zo moet er voor het tot stand komen van de koopovereenkomst *consensus* zijn tussen koper en verkoper en moet de verkoper die ons het huis in eigendom wil overdragen beschikkingsbevoegd zijn. Het recht van erfdienstbaarheid dat wij daar op het erf van de buurman vestigen blijft erop rusten als deze zijn huis aan een ander in eigendom overdraagt. Op het openbaar vervoer vanuit Nederland naar de maan zullen de regels over de vervoersovereenkomst in Boek 8 BW van toepassing zijn. De rechter zal door middel van uitlegging altijd een oplossing vinden, zoals hij dat al eeuwen lang verplicht is te doen.

‘Vooruitgang bestaat niet, en dat is maar goed ook, want zoals het is, is het al erg genoeg.’⁷⁴

73 Scholten & Meijers 1938, p. 1.

74 Reve 1986, p. 78.

Literatuurlijst

Asser 1866

C. Asser, *De telegraphie in hare rechtsgevolgen* (diss. Leiden), Den Haag: Van Cleef 1866.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 3-IV: Vermogensrecht algemeen, algemeen goederenrecht*, 16^e dr., Deventer: Kluwer 2013.

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, deel III, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hijma 7-I* 2013

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel I, Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006

F.H.J. Mijnssen & P. de Haan m.m.v. C.C. van Dam en H.D. Ploeger, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-I: Goederenrecht, algemeen goederenrecht*, 15^e dr., Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Rutten 3-II 1961

L.H.E. Rutten, *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, 3-II, De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961.

Asser/Scholten Algemeen deel* 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Von Bar & Clive 2009

C. von Bar & E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Full Edition, Comment Volume I, München: Sellier 2009.

Berger 1995

K.F.M. Berger, 'Wie is de eigenaar van de kerkbrug in Schipluiden', *WPNR* (1995) 6206, p. 882-884.

Berger 1996

K.F.M. Berger, 'Naschrift', *WPNR* (1996) 6219, p. 285.

Blackstone 1783

W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, III, Londen 1783.

Bol 2007

S. Bol, *Mediation en internet*, Den Haag: Sdu 2007.

Van Boom, Tuil & Van der Zalm 2010

W.H. van Boom, M.L. Tuil & I. van der Zalm, 'Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?', *NTBR* 2010/7, p. 36-43.

Breedveld-de Voogd 1992

C.G. Breedveld-de Voogd, 'Reactie naar aanleiding van de bijdrage van mr. W.G. Huijgen in de rubriek 'Vermogensrecht Aktueel', *WPNR* (1992) 6061', *WPNR* (1992) 6070, p. 850-851.

Christensen, Duncan, & Low, 2003

S. Christensen, W. Duncan & R. Low, 'The Requirements of Writing for Electronic Land Contracts – The Queensland Experience Compared with other jurisdictions, The Requirements of Writing for Electronic Land Contracts – The Queensland Experience Compared with other jurisdictions', *Murdoch University Electronic Journal of Law* 2003.

Christensen & Low 2003

S. Christensen & R. Low, 'Moving the Statute of Frauds to the Digital Age', *Australian Law Journal*, 2003.

Corpus Iuris Civilis

J.E. Spruit e.a., *Corpus Iuris Civilis: Tekst en Vertaling. Band III*, Den Haag: SDU 1996.

Van Daal 2007

G.C. van Daal, 'Internetveilen: Is de wet nog van deze tijd?', *TvI* 2007, 16.

Devanesan & Aresty 2012

R. Devanesan & J. Aresty, 'ODR and Justice', in: M.S.A. Wahab, E. Katsh & D. Rainey (red.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, p. 263-305.

Diephuis 1885

G. Diephuis, *Nederlandsch burgerlijk regt. 2^e deel*, Groningen: Wolters 1885.

Drion 2009

C. Drion, 'De onderzoekende en/of googelende rechter', *NJB* 2009, 642, p. 781.

Eggens bundel 1998

H.C.F. Schoordijk & J.M. Smits (red.), *Eggens bundel*, Overveen: Belvédère 1998.

Van Engelen 2012

Th.C.J.A. van Engelen, 'Twee voor de prijs van één', *NJB* 2012, p. 2678-2685.

Fesevur 2005

J.E. Fesevur, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Fikkers 2000

H.A.G. Fikkers, 'E-commerce en de derdenbescherming van art. 3:86 lid 3 sub a BW', *WPNR* (2000) 6406, p. 432-436.

Fokker 2009

J.P. Fokker, *E-arbitrage* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Geens 2003-2004

H. Geens, 'De grondslagen van de culpa in contrahendo', *Jura Falconis*, jg 40, 2003-2004, nr 2.

Gerver 1992

P.H.M. Gerver, 'Reactie naar aanleiding van de bijdrage van mr. W.G. Huijgen in de rubriek 'Vermogensrecht Aktueel'', *WPNR* (1992) 6061', *WPNR* (1992) 6070, p. 851-853.

Gerver 2001

P.H.M. Gerver, *Het recht van hypotheek*, Deventer: Kluwer 2001.

Gräler 2004

J.G. Gräler, 'Veilingverhoudingen', *JBN* 2004-5, nr. 29.

Haberstumpf 2012

H. Haberstumpf, 'Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht', *CR* 2012, p. 561-572.

Haferkamp 2008

H. Haferkamp, 'Der Kölner telegrafenvall', in: U. Falk e.a. (red.), *Juristische Falllösungen, Fälle aus der Rechtsgeschichte*, München: C.H. Beck 2008.

Handboek Registergoederenrecht 2010/2011

W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen, *Handboek Registergoederenrecht 2010/2011*, Zutphen: Walburg Pers 2010.

Handboek Registergoederenrecht 2013/2014

W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen, *Handboek Registergoederenrecht 2013/2014*, Zutphen: Walburg Pers 2013.

Heuving 2012

J.C. Heuving, 'Internet en de (minder) lijdelijke rechter', *TvP* 2012, p. 12-15.

Hijma & Van Dam 2010

Jac. Hijma & C.C. van Dam, m.m.v. W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechts-handeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

Hilty 2012

R.M. Hilty, 'Die Rechtsnatur des Softwarevertrages', *CR* 2012, p. 625-637.

Hoeren 2013

T. Hoeren, 'Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht', *MMR* 2013, p. 486-491.

Horning, 1996

R. Horning, 'Has Hal Signed a Contract: The Statute of Frauds in Cyberspace', *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* 1996.

Huijgen 1992a

W.G. Huijgen, 'Wie is de bevoegde veilingnotaris', *WPNR* (1992) 6061, p. 633-634.

Huijgen 1992b

W.G. Huijgen, 'Naschrift', *WPNR* (1992) 6070, p. 853-854.

Huijgen 2014

W.G. Huijgen, *Hypotheek* (Mon. BW B12b), Deventer: Kluwer 2014.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Jhering 1881

R. von Jhering, 'Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen', in: R. von Jhering, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, Jena: Verlag von Gustav Fischer 1881.

Kelterman 2013

L.W. Kelterman, 'Nieuwerwetse fratsen: de schriftelijke volmacht bij e-mail', *WPNR* 6965 (2013), p. 176-184.

Klik 2011

P. Klik, *Koop en Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2011.

Kuyk 1936

G.J.H. Kuyk, 'Openbare veiling; Veilingcondities' (preadvies BCN), Den Haag: Belinfante 1936.

Land 1907

N.K. Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1907.

Lokin 1984

J.H.A. Lokin, 'Lex semper loquitur. Over wetgeven en rechtspreken', *GROM* 1984, p. 1-50.

Lokin 1994

J.H.A. Lokin, *Tekst en uitleg: opstellen over codificatie en interpretatie naar aanleiding van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Chimaera 1994.

Lokin 2012

J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeins-rechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 2012.

Lokin & Zwolve 2006

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Lombardi 2012

E.M. Lombardi, 'Is Online Mediation the Way to Fit the Forum to the Fuss?', *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law* 2012, p. 524-543.

Loos 2004

M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. Nieuw BW B65b), Deventer: Kluwer 2004.

Loos 2011

M.B.M. Loos, 'Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud,' *NTBR* 2011/81.

Loos 2014

M.B.M. Loos, 'Consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud onder het gemeenschappelijk Europees kooprecht', *TvC* 2014, p. 2-13.

Meijers 1958

E.M. Meijers, *Algemeen leer van het burgerlijk recht, deel I, De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958.

Melis/Waaijer 2012

J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2012.

Neppelenbroek 2011

E.D.C. Neppelenbroek, 'De juridische positie van de dief van toegang tot een virtuele amulet. Over de brug tussen diefstal en inbezitneming', *RMThemis*, 2011, p. 263-273.

Neppelenbroek 2013

E.D.C. Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen. De auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Nieuwenhuis 1986

J.H. Nieuwenhuis, 'Kopie deel drie. Goede trouw bij de aankoop van een tweedehands auto', *AA* 1986, p. 790-796.

Oltmans 1967

A.C. Oltmans, *De Instituten van Gaius*, Groningen: Tjeenk Willink 1967.

Van Oostrom-Streep 2013

N.C. van Oostrom-Streep, 'Registergoederen veilen via internet: een voorstel met enkele open einden', *ftV* 2013/36.

Opzoomer 1891

C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek*, Den Haag 1891.

Parl. Gesch. Boek 3 BW

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Wjz. Rv. (Inv. 3, 5, 6)

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob en J.B. Rijpkema, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet, Aanpassing van de overige wetten*, Deventer: Kluwer 1992.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Pitlo/Rutgers & Krans 2014

G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014.

Ploeger 1996

H.D. Ploeger, 'Reactie naar aanleiding van de bijdrage van mr. K.F.M. Berger, 'Wie is de eigenaar van de kerkbrug in Schipluiden?' in WPNR (1995) 6206', *WPNR* (1996) 6219, p. 283-285.

Reehuis 2004

W.H.M. Reehuis, *Levering* (Mon. BW B6b), Deventer: Kluwer 2004.

Reve 1986

G. Reve, *Zelf schrijver worden*, (Albert Verwey lezingen 1985, 4^e voordracht), Leiden: Nijhoff 1986.

Reyscher 1859a

A.L. Reyscher, 'Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphierung', *Zeitschrift für deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft* 1859.

Reyscher 1859b

A.L. Reyscher, 'Urtheil des Landgerichts zu Köln vom 29. Juli 1856, die Haftpflicht bei Telegraphischen Briefen betreffend', *Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft*, 1859.

Rinzema 2012

W.F.R. Rinzema, 'Pleidooi voor het kopen van standaardsoftware', *NJB* 2012, p. 1946-1951.

Roncali 1865

L. Roncali, *Der Telegraph in seiner Beziehung zum Bürgerlichen und Handelsrechte*, 1865, oorspronkelijk in het Italiaans F. Serafini, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, 1862.

Rovers 2007

B. Rovers, 'De visie van beleidsmakers en experts op de helingmarkt', in: D. van de Mheen & P. Gruter (red.), *Helingpraktijken onder de loep. Impressies van heling-circuits in Nederland* (WODC-rapport 251), Meppel: Boom 2007, p. 63-89.

Salomons 2000

A.F. Salomons, 'Inpassen of aanpassen? Vermogensrecht voor het digitale tijdperk', *WPNR* (2000) 6427, p. 901-907.

Savigny 1843

F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts. Band III*, Berlin: Veit 1843.

Scherner 1992

K.O. Scherner, 'Innovation und Recht. Das Beispiel der Einführung der Telegrafie in Deutschland im 19. Jahrhundert', in: D. Medicus (red.), *Festschrift für Hermann Lange zum 70 Geburtstag 24. Januar 1992*, Stuttgart: Kohlhammer 1992.

Schmoeckel, Rückert & Zimmermann 2003

M. Schmoeckel, J. Rückert & R. Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

Scholten & Meijers 1938

P. Scholten & E.M. Meijers, *Gedenkboek burgerlijk wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.

Schulze 2012

R. Schulze (red.) *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, München: Beck 2012.

Siemerink 2010

L.A.R. Siemerink, 'Rechter gewaarschuwd voor googelen', *NJB* 2010, p. 2645-2649.

Siemerink 2011

L.A.R. Siemerink, 'De googelende rechter', *Trema* 2011, p. 212-216.

Smit 1906

M. Smit, *De grondslagen van het verkeersrecht in theorie en praktijk*, Kampen: Arentshorst & zoon 1906.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders 2010

H.J. Snijders, 'Elektronische naast schriftelijke vorm van overeenkomsten en andere rechtshandelingen', *WPNR* 6863/6864 (2010), p. 809-814 en p. 840-849.

Snijders/Rank-Berenschot 2012

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Spoor, Verkade & Visser 2005

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Spruit 2003

J.E. Spruit, *Cunabula iuris, Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Struik, Van Schelven & Hoorneman 2010

H. Struik, P.C. van Schelven & W.A.J. Hoorneman, *Softwarerecht. Bescherming en gebruik van computerprogrammatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Struycken 2002

T.H.D. Struycken, 'Internet en de bescherming van een verkrijger van een roerende zaak krachtens art. 3:86 BW', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 211-239.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Sweigart & Farmer 2011

R.L. Sweigart & S.P. Farmer, *King Charles II Meets the Digital Age: Can an Email Chain Satisfy the Statute of Frauds* 2011, te raadplegen via www.pillsburylaw.com.

T&C Vermogensrecht 2013

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk & M.H. Wissink (red.) *Tekst en commentaar, Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Tjong Tjin Tai 2011

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2011, p. 2264-2271.

Vec 2008

M. Vec, 'Der Stromklau vor dem Reichsgericht', in: U. Falk e.a. (red.), *Juristische Falllösungen, Fälle aus der Rechtsgeschichte*, München: C.H. Beck 2008, 284-306.

Van Velten 2000

A.A. van Velten, 'De wijze van mijnen bij een o.g.-veiling' (beantwoording rechtsvraag), *WPNR* (2000) 6410, p. 519-520.

Visser 2013

I. Visser, *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Van Vliet 2002

L.P.W. van Vliet, 'Feitelijke macht en derdenbescherming', *NTBR* 2002, p. 282-291.

Vermeys & Benyekhlef 2012

N.W. Vermeys & K. Benyekhlef, 'ODR and the Courts', in: M.S.A. Wahab, E. Katsh & D. Rainey (red.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, p. 307-324.

Vonck 2011

Vonck, 'Executoriale verkoop van registergoederen via internet', *WPNR* 6882 (2011), p. 302-310.

Voulon 2010

M.B. Voulon, *Automatisch contracteren* (diss. Leiden), Leiden: Leiden Universiteits Pers 2010.

Walter & Von Lewinski 2010

M.M. Walter & S. von Lewinski (red.), *European copyright law. A commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Wessels 2010

B. Wessels, *Koop algemeen* (Mon. BW 65a), Deventer: Kluwer 2010.

Wessels & Verheij 2013

B. Wessels & A.J. Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2013.

Wiertsema 2009

J.W. Wiertsema, 'De executoriale verkoop van onroerende zaken met gebruikmaking van het internet', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2009-4/06, nr. 2.

Windscheid 1900

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Band II*, Frankfurt am Main: Rutter & Loening 1900.

Winter 2001

J.W. Winter, 'Vennootschapsrecht en moderne technologie', in: R.E. van Esch / J.W. Winter / G.J. van der Ziel, *Afscheid van papier. Handelsrecht en moderne technologie* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 55-136.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I: Inleiding en Zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwalve 2013

W.J. Zwalve, 'Bezit geldt als volkomen titel', *RMThemis* 2013, p. 95-106.

Wetsartikelenregister

Burgerlijk Wetboek

Art. 1:2 BW	10.7
Art. 3:2 BW	9.3, 9.4
Art. 3:6 BW	9.6
Art. 3:11 BW	3.passim
Art.3:15d BW	3.5, 3.6
Art. 3:33 BW	11.4
Art. 3:35 BW	11.4, 11.6
Art. 3:37 BW	11.3, 11.6
Art. 3:40 BW	9.3
Art. 3:71 BW	11.5
Art. 3:83 BW	9.3
Art. 3:86 BW	3.passim
- lid 1	3.4, 3.5
- lid 3	3.3, 3.4, 3.6, 8.2, 11.1, 11.6
Art. 3:87 BW	3.5
Art. 3:90 BW	3.2
Art. 3:95 BW	9.6
Art. 3:108 BW	3.4
Art. 3:109 BW	3.4
Art. 3:118 BW	3.2, 3.4
Art. 3:119 BW	3.4
Art. 3:268 BW	8.3
Art. 5:1 BW	9.3
Art. 6:30 BW	3.2
Art. 6:74 BW	2.2
Art. 6:227a BW	11.5,11.7, 4.1
Art. 6:227b BW	3.5
Art. 6:230l BW (ontwerp)	2.1, 2.2
Art. 6:230m BW (ontwerp)	2.1, 2.2
Art. 6:230n BW (ontwerp)	2.2
Art. 6:230o BW (ontwerp)	2.4
Art. 6:233b BW	10.4.2, 10.5.2
Art. 6:234 BW	3.5, 10.4.2
Art. 6:236 BW	7.3.3
Art. 6:253 BW	10.4.2
Art. 7:1 BW	10.1, 10.3.1, 10.4.1, 10.4.2, 10.5.1, 10.5.2
Art. 7:5 BW	10.1
Art. 7:17 BW	10.2, 10.4.2, 2.passim
Art. 7:23 BW	2.3
Art. 7:46b BW	2.1, 2.3

Art. 7:46c BW	3.5, 2.passim
Art. 7:46d BW	2.2, 2.4
Art. 7:47 BW	10.4.1, 10.4.2, 10.4.3, 10.5.1, 10.5.2, 10.5.3
Art. 7:290 BW	3.3

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Art. 19 Rv	5.5
Art. 24 Rv	5.2
Art. 33 Rv	6.9, 7.3.2
Art. 45 Rv	6.11
Art. 77b Rv (ontwerp)	6.14
Art. 125 Rv	6.12
Art. 149 Rv	5.2, 5.3
Art. 292 Rv	7.3.2
Art. 293 Rv	7.3.2
Art. 434a Rv	6.4
Art. 447 Rv	6.4
Art. 448 Rv	6.4
Art. 463a Rv	8.3
Art. 475 Rv	6.11
Art. 514 Rv	8.3, 8.4.1
Art. 515 Rv	8.4.1
Art. 516 Rv	8.3
Art. 517 Rv	8.3
Art. 518 Rv	8.3
Art. 519 Rv	8.passim
Art. 547 Rv	8.4
Art. 1039 Rv	7.3.3
Art. 1058 Rv	7.3.3
Art. 1062 Rv	7.3.3
Art. 1072b Rv (ontwerp)	7.3.3

EEX-Verordening

Art. 5 EEX-Verordening	6.2
------------------------	-----

Gerechtsdeurwaarderswet

Art. 3 Gerechtsdeurwaarderswet	6.4
--------------------------------	-----

Advocatenwet

Art. 9j Advocatenwet	6.5
Art. 9k Advocatenwet	6.5

Wet RO

Art. 99 Wet RO 6.9

CESL (Gemeenschappelijk Europees Kooprecht)

Art. 2 CESL 10.1
Art. 5a CESL 10.1, 10.7
Art. 20 CESL 2.2
Art. 23 CESL 2.2
Art. 29 CESL 2.2

Draft Common Framework of Reference

Art.II. 3:103 DCFR 2.2
Art.II.3:109 DCFR 2.2

Auteurswet

Art. 12b Aw 9.3
Art. 13 Aw 10.4.1
Art. 24a Aw 10.4.1
Art. 45a Aw 10.3.2
Art. 45h Aw 10.3.2
Art. 45j Aw 10.4.1, 9.5, 9.6

Auteursrechtlijn

Art. 2 Auteursrechtlijn 10.4.1
Art. 5 Auteursrechtlijn 10.4.1

Softwarerichtlijn

Art. 4 Softwarerichtlijn 9.2, 9.3
Art. 5 Softwarerichtlijn 9.2, 9.3

Wetboek van Strafrecht

Art. 310 Sr 9.6, 11.1, 11.6

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

Art. 345 VWEU 9.3

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Art. 6 EVRM 7.1, 7.2, 7.3, 5.2

Mediationrichtlijn

Art. 5 Mediationrichtlijn 7.4

ODR-verordening

Art. 13 ODR-verordening 7.5.2

Art. 9 ODR-verordening	7.5.2
Art. 10 ODR-verordening	7.5.2

ADR-richtlijn

Art. 1 ADR-richtlijn	7.4
Art. 5 ADR-richtlijn	7.4
Art. 7 ADR-richtlijn	7.5.3
Art. 8 ADR-richtlijn	7.4,7.5.3
Art. 9 ADR-richtlijn	7.4
Art. 10 ADR-richtlijn	7.4

Burgerlijk Wetboek (oud)

Art. 1401 BW (oud)	11.3
--------------------	------

Wet op het notarisambt

Art. 41 Wna	4.1
Art. 43 Wna	4.1, 4.4.1

WWFT

Art. 1 WWFT	4.3.1
Art. 3 WWFT	4.3.2
Art. 6 WWFT	4.3.2
Art. 8 WWFT	4.3.2
Art. 16 WWFT	4.3.3
Art. 17 WWFT	4.3.3

Kadasterwet

Art. 10b Kadasterwet	4.1
----------------------	-----

Registratiewet 1970

Art. 3 Registratiewet 1970	4.1
----------------------------	-----

De auteurs en redactieleden

M.M.G.B. van Drunen is kandidaat-notaris bij De Brauw Blackstone Westbroek en docent aan de Universiteit Utrecht.

R.J.C. Flach is universitair hoofddocent Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

G.T. de Jong is universitair hoofddocent Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

E. Koops is hoogleraar Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit Leiden. Ten tijde van het schrijven van de bijdrage was hij als universitair docent Privaatrecht verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

H.B. Krans is hoogleraar Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

E.D.C. Neppelenbroek is universitair docent Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

A.H. Santing-Wubs is universitair docent Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

B. Snijder-Kuipers is kandidaat-notaris bij De Brauw Blackstone Westbroek, docent Notarieel Recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en fellow aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

F.A.J. van der Ven is universitair docent Rechtsgeschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen.

A.J. Verheij is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

E.F. Verheul was ten tijde van het schrijven van de bijdrage masterstudent Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Inmiddels is hij promovendus aldaar.

F.M.J. Verstijlen is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Goederenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

F.J. Vonck is universitair docent Notarieel Recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en professional support lawyer bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

Eerder verschenen delen in de CRBS- en GCLG-reeks bij Boom Juridische uitgevers*

Recht Algemeen

Prof. mr. G.R. Rutgers & mr. H.E. Bröring (red.), *Rechtspraak op tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Dr. P.C. Westerman e.a. (red.), *Non-discrimination and diversity*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Dr. J.W.L. Broeksteeg & mr. E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek: over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Mr. N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Dr. N.E.H.M. Zeegers & prof. mr. H.E. Bröring (red.), *Professions under pressure. Lawyers and Doctors between Profit and Public Interest*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Privaatrecht

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Recht en verandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Dr. G.T. de Jong, mr. W.D. Kolkman, mr. A.H. Santing-Wubs & prof. mr. M.H. Wissink (red.), *Algemeen-Bijzonder: de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Prof. mr. M.H. Wissink & mr. T.H.M. van Wechem (red.), *Betalingsachterstanden bij handelstransacties. De richtlijn betalingsachterstanden in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Mr. A.L.M. Keirse, mr. R. Meijer, mr. drs. C.M.D.S. Pavillon, mr. C.A. de Visser (red.), *Recht in regio. Bijdragen gebundeld ter gelegenheid van de BW-dag 2006 te Groningen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Prof. mr. F.T. Oldenhuis (red.), *Toekomstshade; wat is een mensenleven waard?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Prof. mr. F.T. Oldenhuis (red.), *Schadebeperkingsplicht. Wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Prof. mr. F.T. Oldenhuis & mr. H. Vorsselman (red.), *Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; de grenzen voorbij?* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Prof. mr. F.T. Oldenhuis & mr. H. Vorsselman (red.), *Whiplash: juristen aan het woord*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Prof. mr. F.T. Oldenhuis & mr. H. Vorsselman (red.), *Werkgeversaansprakelijkheid: een grensverleggend debat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Prof. mr. F.T. Oldenhuis & mr. H. Vorsselman (red.), *De waarde van smartengeld*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

* Het Centrum voor Recht, Bestuur en Samenleving (CRBS) is de voorloper van het Groningen Centre for Law and Governance (GCLG).

Staats- en Bestuursrecht

Dr. J.H.L.J. Janssen & dr. S. Miedema (red.), *Ergens ging er iets mis: Problemen rond sociale uitsluiting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Dr. A. Haan-Kamminga & mr. E.F. Stamhuis (red.), *Religie, cultuur en het recht van de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Dr. A.T. Marseille & mr. H.E. Bröring (red.), *Begrensde bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Dr. M. Kessler, *Vervolgingssystemen in de belastingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Mr. A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Dr. F. Amtenbrink & mr. S.B. van Baalen, *Europa; eenheid in verscheidenheid? Groningse beschouwingen over de Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.